

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA
POTÁVEL**

João Hélio Ferreira Pes

Tese orientada pelo Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva, especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-Políticas, na especialidade Direitos Fundamentais.

2014

NA RIBEIRA DESSE RIO

Na ribeira desse rio
Ou na ribeira daquele
Passam meus dias a fio
Nada me impede, me impele,
Me dá calor ou dá frio
Vou vendo o que o rio faz
Quando o rio não faz nada
Vejo os rastros que ele traz
Numa sequência arrastada
Do que ficou para trás
Vou vendo e vou meditando
Não bem no rio que passa
Mas só no que estou pensando
Porque o bem dele é que faça
Eu não ver que vai passando
Vou na ribeira do rio
Que está aqui ou ali
E do seu curso me fio
Porque se o vi ou não vi
Ele passa e eu confio
Ele passa e eu confio
Ele passa e eu confio

(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

Ensinar é um exercício de imortalidade. De alguma forma continuamos a viver naqueles cujos olhos aprenderam a ver o mundo pela magia da nossa palavra. O professor, assim, não morre jamais... (Rubem Alves)

Agradeço aos professores.

Aos imortais que muito me ensinaram.

A começar pela Professora Maria Tereza, da minha alfabetização, aos imortais que continuam a me ensinar.

Especialmente aos professores: Vasco Pereira da Silva, Ingo Sarlet, Jorge Miranda, Marcelo Rebelo de Souza, Paulo Otero e Maria João Estorninho, pelas lições que aprendi na elaboração da tese aqui apresentada.

Agradeço aos amigos e colegas.

Especialmente aos amigos professores do Centro Universitário Franciscano e aos amigos do Judiciário Federal de Santa Maria.

Agradeço aos familiares.

Agradeço pedindo desculpas pela ausência.

Especialmente a minha esposa Mariângela e aos meus filhos: João Gabriel, Luís Antônio e João Vitor.

RESUMO

O tema da tese é a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento. O objetivo traçado foi o de analisar à luz da teoria dos direitos fundamentais os fundamentos que justificam o reconhecimento desse direito no ordenamento jurídico brasileiro como fundamental, passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento. Para atender a esse objetivo, o trabalho é apresentado em seis capítulos. No primeiro, verifica-se o conceito de água potável, classificações e a sua importância. No segundo, analisa-se o direito de acesso à água potável. No terceiro, analisam-se o conceito e os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental. No quarto, são verificadas as múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável. No quinto, verifica-se a configuração jurídica e a multifuncionalidade do direito fundamental de acesso à água potável. No último capítulo, analisa-se o direito-dever de acesso à água nos serviços públicos de abastecimento. A metodologia utilizada para atingir a finalidade dessa investigação foi variada. De certa forma rompendo com a tradição, utiliza-se do enfoque analítico como forma preponderante de abordagem metodológica. Conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acesso à água potável é reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional. Os fundamentos para essa caracterização são de que esse direito está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana. Por fim, conclui-se que a efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água, notadamente, nos serviços públicos de abastecimento, não corresponde aos anseios da sociedade. Por isso, é necessário que seja concretamente reconhecida a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

Palavras-chave: Água potável – direito de acesso – direito fundamental – serviços públicos – dever de fornecimento.

ABSTRACT

The theme of the thesis is the fundamentality of the right of access to drinking water and the duty to provide water in the public services of supply. The objective set out was to analyze, beneath the perspective of the theory of fundamental rights, the grounds which justify the recognition of this right in Brazilian law as fundamental, likely to create the duty to provide water in the public services of supply. To achieve this goal, the thesis is presented in six chapters. In the first chapter, it is analyzed the concept of drinking water, its classifications and its importance. In the second, it is analyzed the right of access to drinking water. In the third, it is analyzed the concept and the fundaments of the characterization of a right as a fundamental right. In the fourth, it is verified the multiple forms of recognition of the fundamentality of the right of access to drinking water. In the fifth, it is verified the legal configuration and the multifunctionality of the fundamental right of access to drinking water. In the last chapter, it is analyzed the right and duty of access to water in the public supply services. The methodology used to achieve the purpose of this investigation was varied. Somehow breaking with tradition, it is used the analytical approach as prevailing form of methodological approach. It is concluded that in the Brazilian legal system, the right of access to drinking water is recognized as a fundamental right, what occurs from the clause of constitutional opening. The reason for this characterization is that this right is related to the safeguarding and promotion of human dignity. Finally, it is concluded that the effectiveness of the right and duty of access to water, especially in public services of supply, does not match the expectations of society. For this reason, the fundamentality of the right of access to drinking water and the duty to provide water in the public services of supply must be concretely recognized.

Key words: Drinking Water - right of access - fundamental right - public services - duty to provide.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABCON – Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto

a.C. – antes de Cristo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AdP – Águas de Portugal

ANA – Agência Nacional de Águas

ARH – Administrações de Região Hidrográfica

Art. – Artigo

ASA – Articulação do Semi-Árido

BIRD – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento

CCDR – Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional

CESBs – Companhias Estaduais de Saneamento Básico

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CIADI – Centro Internacional de Acerto de Diferença de Investimentos

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

Conselho DESC – Conselho dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

COPASA - Companhia de Saneamento de Minas Gerais

CPC – Código de Processo Civil (Brasil)

CRP – Constituição da República Portuguesa

Des.^a – Desembargadora

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DMAE – Departamento Municipal de Águas e Esgotos

DRH – Departamento de Recursos Hídricos

EPA – Environmental Protection Agency

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

ERSAR, I. P. – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos,
Instituto Público

ETAs – Estações de Tratamento de Água

ETEs – Estações de Tratamento de Esgotos

EUA – Estados Unidos da América

FAO – Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura

FMI – Fundo Monetário Internacional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IBM – International Business Machines

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
Inc. – Inciso
INSAAR – Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais
IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira
IRAR, I. P. – Instituto Regulador de Águas e Resíduos, Instituto Público
Km – Quilômetro
L – Litro
LPN - Liga para a Proteção da Natureza
MCL – Nível Máximo de Contaminantes
MDS – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome
Mercosul – Mercado Comum do Sul
Mg – miligrama
MG – Minas Gerais
MMA – Ministério do Meio Ambiente
Nº. – número
OG – Observações Gerais
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONG – Organização não governamental
OnGA – Organização não governamental ambiental
ONU – Organização das Nações Unidas
PEAASAR – Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais
PEGA – Planos Específicos de Gestão das Águas
PGBH – Planos de Gestão de Bacia Hidrográfica
PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIH – Programa Hidrológico Internacional
PLANASA – Plano Nacional de Saneamento
PNA – Plano Nacional da Água
PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente
PNRH – Política Nacional de Recursos Hídricos
PNSB – Pesquisa Nacional de Saneamento Básico
PNUEA – Programa Nacional para o Uso Eficiente da Água
PROURB/SRH – Projeto de Desenvolvimento Urbano e Gestão dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará
RASARP – Relatório Anual do Sector de Águas e Resíduos em Portugal

RE – Recurso Extraordinário

Res. – Resolução

REsp – Recurso Especial

RS – Rio Grande do Sul

SAAP – Sistemas de Aproveitamento de Águas Pluviais

SEMAE – Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto

SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente

SNGRH – Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

SNIS – Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento

SP – São Paulo

SRH – Secretaria de Recursos Hídricos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

Unifra – Centro Universitário Franciscano

UNO-IDFA – Escritório das Nações Unidas de apoio à Década Internacional de Acção

WWF – World Wild Fund

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ÁGUA POTÁVEL: CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E IMPORTÂNCIA	19
1.1 Uma breve definição de água potável	19
1.2 Águas: algumas classificações	32
1.2.1 Quanto à forma.....	32
1.2.2 Classificação quanto ao uso	44
1.2.3 O ciclo da água.....	51
1.3 A importância da água	54
1.4 Água potável: bem ambiental de uso comum do povo	57
1.5 O direito de propriedade sobre a água potável	65
1.6 Água potável: patrimônio comum da humanidade	81
1.7 Considerações finais do capítulo 1	93
2. O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL.....	99
2.1 O acesso à água potável: formas de acesso	99
2.1.1 O acesso pelo sistema alternativo de abastecimento	102
2.1.2 O acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento.....	105
2.2 O acesso no ordenamento jurídico brasileiro	108
2.2.1 O meio ambiente na Constituição Brasileira.....	109
2.2.2 As águas na Constituição Brasileira.....	115
2.2.3 As águas na legislação brasileira.....	120
2.2.4 O direito de acesso	129
2.3 Estados que constitucionalizaram o direito de acesso à água	143
2.4 Considerações finais do capítulo 2.....	152
3. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	158
3.1. Anotações sobre o conceito de Direitos Fundamentais.....	158
3.2 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais.....	167
3.3 A caracterização do Direito ao Ambiente como Direito Fundamental	179
3.4 Os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental.....	188
3.4.1 A fundamentalidade à luz da Teoria Pós-Positivista.....	188
3.4.2 A fundamentalidade formal e a fundamentalidade material	192
3.4.3 Alguns fundamentos da caracterização de um direito como fundamental.....	196
3.5 Considerações finais do capítulo 3.....	203
4. AS MULTIPLAS FORMAS DE RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL.....	210
4.1 O reconhecimento dos direitos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional	210
4.2 A fundamentalidade do direito de acesso à água como conteúdo do direito fundamental ao ambiente	226

4.3 A fundamentalidade do direito de acesso à água a partir dos tratados internacionais de direitos humanos	241
4.4 A fundamentalidade do direito de acesso à água a partir do regime democrático e dos princípios constitucionais	264
4.5 Considerações finais do capítulo 4.....	276
5. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA E MULTIFUNCIONALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL.....	282
5.1 Configuração jurídica do direito fundamental de acesso à água potável	282
5.1.1 O reconhecimento de um novo direito fundamental	283
5.1.2 Estrutura e fontes do direito fundamental de acesso à água potável.....	292
5.1.3 Dimensões ou perspectivas: normas jurídico-objetivas e normas jurídico-subjetivas.....	303
5.2 As funções do direito fundamental de acesso à água potável	315
5.2.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa	319
5.2.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações	325
5.2.3 O direito fundamental de acesso à água potável na função de direito de defesa e de direito a prestações	330
5.3 Considerações finais do capítulo 5.....	337
6. O DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO	343
6.1 O direito de acesso à água no Brasil e a interrupção dos serviços públicos de abastecimento.....	343
6.1.1 Serviços públicos: definição e essencialidade	344
6.1.2 Os serviços públicos de abastecimento no contexto das crises do estado contemporâneo	355
6.1.3 Serviços públicos e as normas que garantem o direito de acesso	360
6.1.4 Ponderações à legislação brasileira e à doutrina dominante	372
6.1.5 Ponderações às decisões dos tribunais que autorizam a interrupção dos serviços de fornecimento de água	377
6.2 Dever fundamental de fornecimento de água por meio dos serviços públicos de abastecimento.....	394
6.3 A efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água potável	413
6.4 Considerações finais do capítulo 6.....	422
CONCLUSÃO	430
BIBLIOGRAFIA	463
JULGADOS CONSULTADOS.....	496
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	500
TRATADOS E OUTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS	507

INTRODUÇÃO

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!
(*Mario Quintana*)

Este trabalho constitui a **tese** denominada: '**A fundamentalidade do direito de acesso à água potável**' a ser defendida junto ao Curso de Doutorado em Direito, Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, realizada sob a regência do Professor Doutor Vasco Pereira da Silva e com o apoio do Programa Alban, Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para América Latina, bolsa nº E07D402772BR.

O **tema** desta pesquisa, 'a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento', foi definido a partir do contato com os conteúdos estudados nas disciplinas do Curso de Formação Avançada para o Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas, ano letivo 2007/2008, tendo por motivação o estimulante debate existente acerca dessa matéria, principalmente no Brasil, quanto à efetividade do direito de acesso à água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento, notadamente quando ocorre a inadimplência do usuário desse serviço público essencial.

O serviço público de abastecimento é o principal instrumento utilizado, em nossos dias, para garantir a efetividade do direito de acesso à água potável, pois por meio da supervisão e do poder do Estado é que se pode garantir que um bem essencial à vida, como é o caso da água potável, seja alcançado e jamais negado ao cidadão.

Contudo, no que diz respeito a esse serviço público, convém mencionar algumas características de sua origem e da situação atual. O Estado moderno, desde sua formação, passou por mudanças através das quais o direito incorporou novas instituições para satisfazer necessidades essenciais individuais de importância coletiva, como os serviços públicos, consolidando-se assim o serviço público de abastecimento de água potável como um mecanismo estatal para assegurar a satisfação do direito de acesso,

porém, um serviço público delegado ou repassado por permissão ou concessão a particulares.

Nesse contexto, no Brasil, as empresas de abastecimento de água estão protegidas por uma legislação protecionista de seus patrimônios, a despeito da situação social caótica em que vive parcela considerável da sociedade. Desconsidera-se a função social das atividades que realizam essas empresas, ao ponto de, havendo inadimplemento da contraprestação por qualquer usuário desse serviço público, a interrupção do fornecimento do serviço essencial ser utilizada de forma rápida e implacável.

Nesse passo, a suspensão de um serviço de caráter público e, inquestionavelmente, essencial é autorizada pela legislação brasileira, o que permite que o direito de acesso à água potável seja negado ao cidadão quando este não consegue pagar pelo serviço público.

No mesmo sentido, as decisões dos tribunais brasileiros respaldam tal desconsideração com o direito de acesso à água, julgando casos concretos em que os interesses econômicos das prestadoras de serviços públicos de abastecimento têm prioridade em relação à dignidade humana, que não é reconhecida àqueles que não têm condições financeiras para efetuar o pagamento.

Contudo, o que se tem em casos de suspensão desse serviço é uma inobservância de princípios básicos do ordenamento jurídico brasileiro, havendo por parte dos tribunais uma valorização de leis que são absolutamente, no âmbito de funcionamento do ordenamento, inconstitucionais.

Diante desse contexto, a finalidade deste trabalho é permear os fundamentos que fazem com que o acesso à água potável seja reconhecido como um direito fundamental, gerando por consequência a obrigatoriedade (dever) da manutenção dos serviços de seu abastecimento.

O objeto da investigação empreendida limitou-se ao acesso à água passível de ser consumida pelos seres humanos, para uso pessoal (beber e higienização), para uso doméstico (preparo de alimentos e limpeza) e, para outras variadas modalidades de uso indispensáveis à dignidade da vida.

O direito de acesso à água potável não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional brasileiro, portanto, é necessário analisar os fundamentos utilizados para reconhecer o acesso à água como um direito fundamental de todos.

As águas estão tendo uma real valorização desde o final do último século, pois o aumento da população mundial, com o conseqüente incremento das áreas agricultáveis e da produção industrial, demandou o crescimento exponencial da exploração dos recursos hídricos. Como resultado desse processo, aliado à variedade de efeitos causados pelo desenvolvimento global e pela ganância capitalista, as águas tornaram-se insuficientes e degradadas.

O direito de acesso à água de qualidade e aos serviços de saneamento em diferentes países do mundo não atinge a totalidade das pessoas. São milhões de pessoas sem acesso à água potável ou com acesso a serviços precários que não atendem as necessidades básicas de um ser humano. Da mesma forma, como consequência, milhões de pessoas morrem anualmente por doenças relacionadas à falta de água tratada.

No Brasil esse cenário não é diferente. Diante dessa realidade surge a constatação de que o acesso à água potável é um direito que necessita estar amparado pela ordem jurídica, de forma reforçada, como norma fundamental. Com essa preocupação, elabora-se o **problema** de pesquisa da tese: O reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental é passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento?

A **metodologia** utilizada para atingir a finalidade dessa investigação foi variada, de certa forma rompendo com a tradição, pois a pesquisa foi realizada a partir da relação entre enunciados básicos, teorias e princípios relacionados ao tema pesquisado. Utiliza-se do enfoque analítico como forma preponderante de abordagem metodológica, eis que em todos os capítulos, de modo sistemático, efetuou-se a análise de conceitos. Por outro lado, em alguns momentos da pesquisa, utilizou-se o método hermenêutico para apresentar algumas conclusões a partir de divergências explicitadas. Utiliza-se, por vezes, o método dedutivo, quando diante da cláusula de abertura constitucional

verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro legitima como norma fundamental, equiparada à constitucional, direitos que preencham os requisitos dessa cláusula; assim, ao analisar o direito de acesso à água potável, foi possível deduzir que se trata de um direito materialmente fundamental. No entanto, para demonstrar cientificamente o acerto da presente tese foi necessário utilizar, preponderante e intensamente, a metodologia analítica, com todas as suas variáveis, para comprovar de forma racional e justificada a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

O método de procedimento utilizado na execução da pesquisa foi o monográfico. Técnicas de pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial foram aplicadas; portanto, além da pesquisa bibliográfica do conteúdo doutrinário em livros e revistas, foram analisadas normas e decisões judiciais (jurisprudência) sobre os temas abordados no desenvolvimento da tese.

Registre-se que não se pretendeu fazer análise exaustiva da vasta bibliografia relativa aos vários temas conexos com o tema central. Assim, a prioridade para as citações foram as doutrinas portuguesa e brasileira, no que se considerou mais significativo para o tema, bem como a doutrina em língua estrangeira a que se teve acesso, durante o período de elaboração do trabalho, e que se considerou relevante para o seu desenvolvimento.

A investigação se baseou principalmente em análise doutrinária, fazendo-se uso de estudo jurisprudencial, notadamente de acórdãos dos tribunais brasileiros como o Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - TJSC, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP.

Não se pretendeu abordar o tema sob a ótica do direito comparado, embora ao longo do trabalho sejam feitas algumas referências às experiências brasileiras e portuguesas. Cada país tem especificidades de toda ordem, como geográficas, socioculturais e tantas outras, sendo difícil identificar algum país

que detenha exemplos de excelência nos serviços públicos de abastecimento, na garantia de acesso equitativo de água potável.

Mesmo com a ressalva de terem sido referenciadas algumas normas do ordenamento jurídico português - frisa-se: apenas algumas citações foram realizadas durante o desenvolvimento do trabalho, para fins de contextualizar as similaridades existentes entre as normas que regulam o direito de acesso à água no Brasil e em Portugal - optou-se pela análise do direito interno, legislações e regulamentos em vigor no território do Estado brasileiro, por ser a forma mais pura de vivificação da norma. É na seara do espaço de aplicação que a norma se torna mais clara e que os comandos são facilmente compreensíveis.

Todo o trabalho desenvolvido para fundamentar, no final, a tese aqui apresentada tem como alicerce teórico diferentes aspectos encontrados nas teorias e nos ensinamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Antonio Enrique Pérez-Luño, Luis Prieto Sanchís, Jorge Miranda, Jose Joaquim Gomes Canotilho, José Casalta Nabais, Vasco Pereira da Silva e Ingo Sarlet. Salienta-se, como é obvio, que esses autores não podem ser reunidos numa única corrente de pensamento, porém em suas teorias e teses é possível encontrar uma série de coincidências que fazem com que ocorra a conformação do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, o paradigma do atual Estado constitucional de direito.

A análise da fundamentalidade desse direito foi efetuada à luz de algumas teorias doutrinárias dos direitos fundamentais; portanto, outras teorias que também são amplamente discutidas e academicamente aceitas não foram objeto de referências dessa investigação.

Em alguns momentos optou-se por citar autores brasileiros, espanhóis, italianos e portugueses que realizaram excelentes interpretações, ou mesmo traduções de obras clássicas do direito alemão, com a certeza de que as ideias originais não foram alteradas, em algumas situações adaptadas à realidade vivenciada por esses autores ou atualizadas à contemporaneidade; por tudo isso, o marco teórico da presente tese fica enriquecido quando é apresentada a teoria original com as necessárias adaptações.

Na utilização da literatura em língua estrangeira, optou-se por fazer no corpo do texto citações livremente vertidas para a língua portuguesa, considerando a necessidade de clareza e facilidade na leitura do trabalho, sendo que em nota de rodapé há indicação da obra e página do autor da obra estrangeira consultada.

Na redação do texto a opção foi por usar o estilo impessoal e da indeterminação do sujeito quando o conteúdo abordado é de amplo domínio acadêmico, e de usar a primeira pessoa do plural 'nós' quando o conteúdo refere-se a conhecimento adquirido no ambiente acadêmico durante a presente investigação e, por fim, usar a primeira pessoa do singular para manifestar a posição pessoal sobre o tema abordado.

Nas Referências Bibliográficas são indicadas diferentes edições de uma mesma obra nas situações em que a mesma obra foi referenciada em diferentes momentos da elaboração do trabalho. As referências bibliográficas referem-se a obras consultadas e a obras citadas, sendo que as citadas estão indicadas em nota de rodapé.

Adotou-se a sistemática de indicar em nota de rodapé todas as obras citadas com todas as informações referentes à obra, visando facilitar ao leitor, sendo que apenas quando ocorre a repetição na mesma página da obra citada é que são indicados apenas o autor, data da obra e página, como exemplo (MIRANDA, 2004, p. 270).

O mundo e os homens estão em constante evolução, por conseguinte suas criações, inclusive o direito. Por isso, diante dessa constatação antropológica, é admissível que o pesquisador, frente a novos conhecimentos e novas constatações, possa reformular suas velhas classificações e seus antigos conceitos. Nesse sentido, justifica-se a retificação realizada por este pesquisador, neste trabalho, em relação a algumas classificações anteriormente adotadas, inclusive publicadas.

O trabalho é dividido em seis capítulos, esses em seções e subseções, sendo que no decorrer do texto utiliza-se também a expressão 'tópico' para fazer referência a determinada seção ou subseção.

No **capítulo 1**, denominado ‘Água potável: conceito, classificações e importância’, verifica-se o conceito de água potável e as classificações quanto à forma e quanto ao uso; verifica-se, também, a importância da água potável; verifica-se o conceito de bem ambiental e as características da água potável como bem ambiental de domínio público e de uso comum do povo; apresenta-se o entendimento contemporâneo referente ao direito de propriedade sobre os recursos hídricos e a tese da água potável como patrimônio comum da humanidade.

No **capítulo 2**, intitulado ‘O direito de acesso à água potável’, analisa-se o direito de acesso à água potável; verificam-se as formas de acesso, principalmente aquela mais utilizada que é a do serviço público de distribuição e abastecimento de água potável; apontam-se as normas do ordenamento jurídico brasileiro relacionadas ao acesso à água potável; verifica-se o acesso à água potável em ordenamentos jurídicos de Estados que já constitucionalizaram o direito de acesso à água.

No **capítulo 3**, que tem como título ‘A fundamentalidade dos direitos fundamentais’, apresenta-se alguns aspectos relacionados ao conceito de direitos fundamentais; analisa-se a caracterização dos Direitos Sociais e do Direito ao Ambiente como fundamentais, e, por fim, analisam-se os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental.

No **capítulo 4**, com a seguinte denominação ‘As múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável’, analisa-se o acesso à água potável como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, verificando a fundamentalidade a partir da cláusula de abertura constitucional, do conteúdo de outro direito fundamental, dos tratados internacionais de Direitos Humanos, do regime democrático e dos princípios constitucionais.

No **capítulo 5**, com o seguinte título ‘Configuração jurídica e multifuncionalidade do direito fundamental de acesso à água potável’, verifica-se a configuração jurídica e a multifuncionalidade do direito fundamental de acesso à água potável, analisando o reconhecimento de um novo direito fundamental, sua estrutura, fontes e dimensões jurídico-objetivas e jurídico

subjetivas; abordam-se, ao final, as funções de direito de defesa e de direito a prestações do direito fundamental de acesso à água potável.

No **capítulo 6**, denominado ‘O direito-dever de Acesso à água potável nos serviços públicos de abastecimento’, verifica-se o conceito e a essencialidade dos serviços públicos; analisam-se os serviços públicos de abastecimento no contexto das crises do Estado contemporâneo e as normas que garantem o direito de acesso; efetuam-se ponderações à legislação brasileira, à doutrina dominante e às decisões dos tribunais que autorizam a interrupção dos serviços de fornecimento de água; enfrenta-se o seguinte questionamento: trata-se de dever fundamental a obrigação de fornecimento de água por meio dos serviços públicos de abastecimento? por fim, analisa-se a efetividade do direito-dever de acesso à água potável.

Portanto, no desenvolvimento da pesquisa, com os fundamentos expostos no decorrer do texto, confirma-se de forma absoluta e plena a hipótese delineada, em suma, a **tese** de que o acesso à água potável é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental passível de gerar o dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

CAPÍTULO 1

1. ÁGUA POTÁVEL: CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E IMPORTÂNCIA

ÁGUA

Sou cristalina e fresca,
salgada e doce.
Todos dependem de mim;
Sou Vida.
Existo nas nuvens em forma de gotas,
e quando caio me chamam de chuva.
Existo nos rios, nos lagos, nos mares,
nas geleiras e até nos lençóis subterrâneos.
Corro nos leitos e pulo de altas quedas;
muitas vezes me chamam de cachoeira.
Banho-te todos os dias e mato sua sede;
alegro as plantas quando as rego,
e balanço os barcos nos mares.
Você acha que sou abundante,
por isso me desperdiça.
Você me polui me maltrata;
estou morrendo e você nem percebe,
esquece.
Estou ficando escassa, ontem fui muito
abundante,
amanhã serei motivo de guerras.
Por isso, não me mate,
não me maltrate e nem me jogue fora.
Me salve, sou essencial a sua vida.
(Kátia Silva).

1.1 Uma breve definição de água potável

A definição de água potável reveste-se de importância para a compreensão deste trabalho, tendo em vista que se investiga a fundamentalidade do direito de acesso à água, especialmente a caracterizada pela potabilidade. Assim, é imprescindível que a conceituação seja efetuada de forma clara e objetiva; para tanto, é necessário realizar algumas distinções, entre elas a distinção entre água doce, salobra e salgada e a distinção entre água potável e não potável para, finalmente, expressar qual a definição adotada.

A água, líquido composto por hidrogênio e oxigênio, sem cor, cheiro ou sabor, transparente em seu estado de pureza, é um elemento natural imprescindível à vida no planeta. Além do mais, trata-se de um recurso

multifuncional, servindo ao abastecimento humano, à agropecuária, à geração de energia, ao transporte, à recreação e a tantos outros usos.

A diferença entre água doce, salobra e salgada reside na salinidade¹ presente ou não na água, ou seja, na quantidade ou teor de sais dissolvidos. A salinidade média do Oceano é de 35‰.² Isso significa que em cada litro de água do mar existem 35 gramas de sais dissolvidos, dos quais a maior parte é o sal comum (cloreto de sódio). No entanto, a salinidade varia desde as zonas mais salgadas do Mar Vermelho, rodeado por desertos onde a evaporação é intensa e o afluo de água doce reduzido, até as zonas menos salgadas como o Mar Báltico, com grande afluo de água doce proveniente dos rios. Nos rios e lagos, mais precisamente nas águas superficiais, a composição da água doce é muito variável, em virtude da quantidade e qualidade de sais minerais ou substâncias orgânicas ou químicas dissolvidas nas águas correntes ou paradas. Da mesma forma, a água que se encontra na atmosfera ou nos aquíferos (águas subterrâneas) podem apresentar na sua composição variada quantidade de sais.

Desde as primeiras lições de ciências, aprende-se que a água é composta por várias moléculas. Cada molécula contém dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio, o popular H_2O . Essa estrutura química é responsável por algumas propriedades que tornam a água fundamental para a existência de vida no planeta Terra. No entanto, é preciso ver que H_2O é a fórmula química da substância pura, ou seja, apenas a água destilada é que apresenta essa composição. O mesmo não ocorre com a água no seu estado natural, a denominada água doce encontrada na natureza. Na verdade, tanto a água doce, salobra ou salgada contém sais minerais. O que as diferencia é a concentração dos sais dissolvidos. Basta ver a composição das denominadas águas minerais que podem conter substâncias diversas como bicarbonato, sódio, cálcio, sulfato, magnésio, potássio, cloreto, estrôncio, fluoreto e outros.

¹ Salinidade é a medida da quantidade de sais existentes em massas de água naturais como um oceano, um lago, um estuário ou um aquífero. Os íons de sódio, potássio, cálcio, magnésio, cloro, sulfato e bicarbonato são os maiores contribuintes para a salinidade da água.

² RÊ, Pedro M. A. Barcia. *Biologia Marinha*. Disponível em <<http://www.astrosurf.com/re/biologia.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2013.

Portanto, a água mineral (que também integra o rol do que se denomina de “água doce”) não é uma substância pura, apenas a água destilada é que é.

Assim, água doce é a que “brota de fontes, rios, cursos ou veios subterrâneos, caracterizada por reduzida incidência de sais minerais, susceptível de ser absorvida pelos seres vivos”. Já a água salgada é “a dos mares e determinados lagos de grandes dimensões, constituída por elevado grau de cloreto de sódio”³.

A água salobra tem mais sais dissolvidos que a água doce e menos que a água do mar. “É, portanto, uma mistura de água doce com água salgada. Ocorre em ambientes diversificados, mas principalmente em estuários e lagunas, embora alguns mares sejam, também, constituídos por água salobra”⁴. Tecnicamente, considera-se água salobra a que possui entre 0,5 e 30 gramas de sal por litro. Essas características podem ser encontradas tanto em águas subterrâneas como superficiais. A salinidade presente nos corpos hídricos superficiais depende essencialmente do afluxo fluvial de água e das trocas hídricas com o oceano, bem como das características climáticas, visto que a precipitação (chuva) intensa ou a aridez climática podem modificar substancialmente a salinidade à superfície.

Ainda, quanto à salinidade das águas superficiais, curioso é o que ocorre com os estuários. Esses são formados com as águas doces provenientes de um ou vários rios e córregos que fluem até oceanos, misturando-se com a água salgada do mar, portanto, os estuários e as áreas circundantes são áreas de transição entre a terra e o mar. Assim, um estuário possui tipicamente água salobra. No entanto, perante caudais fluviais muito importantes, rios volumosos ou em períodos de cheias, os estuários podem ficar totalmente preenchidos com água doce, sendo a água salobra empurrada para a plataforma continental. Se os caudais fluviais são muito grandes, a pluma de água salobra pode penetrar bastante na água marinha. “Um caso extremo é do rio Amazonas, cujas águas diluem a salinidade à superfície do

³ CASTALEIRO, João Malaca (coord). *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, p. 132.

⁴ DIAS, João M. Alveirinho. *Água salobra*. In *Revista de Gestão Costeira Integrada (JICZM - Journal of Integrated Coastal Zone Management)*. Disponível em <<http://www.aprh.pt/rgci/index.html>>. Acesso 08 out. 2009.

Atlântico, tornando-a salobra, até distâncias que, por vezes, ultrapassam os 300 quilômetros”⁵.

Nas águas subterrâneas a salinidade também pode estar presente. Vários estudos demonstram que há lençóis freáticos e aquíferos com alto teor de sais. No projeto “Salinidade - Estudo da Salinidade das Águas em Pequenas Bacias Hidrográficas”, financiado pelo BIRD, através do Projeto de Desenvolvimento Urbano e Gestão dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará – PROURB/SRH, concluiu-se em fevereiro de 2002 que ocorre, também, “a salinização das águas subterrâneas armazenadas nas zonas aluvionares, tendo em vista que os sais depositados nas pequenas depressões, no verão, são carregados no período chuvoso para as áreas de recarga”⁶.

Outro ramo da ciência, além da Química, que se envolve com a distinção entre água doce e salgada é a Física, mais precisamente, a hidrostática, que, a partir do Teorema de Arquimedes,⁷ pode explicar a mais simples e popular pergunta: “porque na água doce o ovo afunda e na salgada ele bóia”? A resposta está vinculada à densidade da água salgada que é maior do que a da água doce por causa do sal dissolvido nela. Assim, o empuxo (Teorema de Arquimedes) na água salgada é maior, daí o porquê de o ovo não afundar, ou seja, o que ocorre é que a densidade da água doce é menor do que a do ovo e a densidade da água salgada é maior do que a do ovo.

Juridicamente no Brasil a distinção entre água doce, salobra e salgada foi definida pela Resolução nº 20, de 18 de junho de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, posteriormente substituída pela Resolução CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005⁸, que efetuou a classificação das águas em doces, salobras e salinas. Águas doces são

⁵ DIAS, João M. Alveirinho. *Água salobra*. In Revista de Gestão Costeira Integrada (*JICZM - Journal of Integrated Coastal Zone Management*). Disponível em <<http://www.aprh.pt/rgci/index.html>>. Acesso 08 out. 2009.

⁶ Projeto Salinidade, desenvolvido no Estado do Ceará. Disponível em <<http://www.ceara.gov.br/?secretaria=FUNCEME&endereco=http://www4.funceme.br/funceme/projetos-1/projetos-concluidos/projeto-salinidade/projeto-salinidade>>. Acesso em 09 out. 2009.

⁷ Arquimedes, cientista e inventor grego, viveu no século III a.C., na cidade de Siracusa – colônia grega situada no sul da Itália.

⁸ Resolução nº 357 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, de 17 de março de 2005, disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res357.html>>. Acesso em 22 set. 2009.

aquelas com salinidade igual ou inferior a 0,5 ‰. Águas salobras são aquelas com salinidade superior a 0,5 ‰ e inferior a 30 ‰. Águas salinas são aquelas com salinidade igual ou superior a 30 ‰.

No direito português, dentre as várias normas que fazem referências às águas doces e salgadas, está o Decreto-Lei nº 135/2009 de 03-06-2009, que estabelece o regime de identificação, gestão, monitorização e classificação da qualidade das águas balneares e de prestação de informação ao público sobre as mesmas, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Fevereiro, relativa à gestão da qualidade das águas balneares. Nesse diploma legal, as águas balneares são definidas como sendo as águas superficiais, quer sejam interiores, costeiras ou de transição, tal como definidas na Lei da Água, Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro.

Na Lei da Água, no art. 4º, presente está a definição de águas interiores, costeiras e de transição. Tais definições, grosso modo, correspondem às águas doces, salgadas e salobras. Assim, 'Águas interiores' são todas as águas superficiais lânticas (águas tranquilas, como lagos, pântanos e represas, entre outros) ou lólicas (correntes de água, tais como córregos e rios) e todas as águas subterrâneas que se encontram do lado terrestre da linha de base a partir da qual são marcadas as águas territoriais; entende-se por águas territoriais as águas marítimas situadas entre a linha de base e uma linha distando 12 milhas náuticas da linha de base.

'Águas costeiras' são as águas superficiais situadas entre terra e uma linha cujos pontos se encontram a uma distância de 1 milha náutica, na direção do mar, após o ponto mais próximo da linha de base a partir da qual é medida a delimitação das águas territoriais, estendendo-se, quando aplicável, até ao limite exterior das águas de transição. Por sua vez, 'águas de transição' são as águas superficiais na proximidade das fozes dos rios, parcialmente salgadas em resultado da proximidade de águas costeiras, mas que são também significativamente influenciadas por cursos de água doce.

Independentemente da metodologia ou ciência que se queira utilizar para diferenciar água doce de salobra ou salgada, o importante é que se está

diante de diferenças de extrema relevância para a humanidade, eis que apenas um percentual ínfimo da água existente no planeta é doce, apenas cerca de 3% do total está disponível como água doce⁹. O mais grave é que da pouca água doce existente, parte considerável está degradada e outra parte é, ainda, inacessível para o uso humano (águas congeladas ou aquíferos profundos)¹⁰, portanto, da escassa água doce existente, uma pequena quantidade poderá ser transformada em água potável.

É de conhecimento geral que ‘água potável’ é como se chama a água que pode ser consumida sem riscos de se adquirirem doenças por contaminação. Ela pode ser oferecida à população com ou sem tratamento prévio, dependendo de sua origem. O tratamento de água visa a reduzir a concentração de poluentes e sais até o ponto em que não apresentem riscos para a saúde pública.

Na definição utilizada pelo Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, é ‘água potável’ a que é “considerada própria para o consumo”¹¹. Assim, é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que tem determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo humano.

A água potável pode ser oriunda de uma fonte natural ou ser obtida através de um processo de tratamento físico e/ ou químico. Esse processo é realizado nas ETAs (Estações de Tratamento de Água), considerando a qualidade original da água, o que faz com que um ou mais processos de tratamento possam ser aplicados. Entre os principais processos de tratamento de água, podem ser citados: a decantação, a filtração, a fluoretação, a desinfecção e a floculação.

Da mesma forma, a água salgada ou salobra, por não ter a característica da potabilidade, pode ser alterada e, conseqüentemente,

⁹ TUNDISI, Jose Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMa, IEE, 2005.

¹⁰ Mais de dois terços da água doce não está disponível para o uso humano (CLARKE, Robin; KING, Jannet. *O Atlas da Água*. 1ª.ed. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 21).

¹¹ CASTALEIRO, João Malaca (coord). *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, p. 133.

transformada em água potável. A dessalinização que consiste na retirada dos sais dissolvidos na água, é um processo complexo, pois os sais estão fortemente ligados às moléculas da água, o que torna ineficientes os processos convencionais de tratamento de água.

São necessários, para realizar a dessalinização, processos físicos ou físico-químicos capazes de romper as forças de atração entre as moléculas da água e dos sais. São conhecidos dois processos de dessalinização: o da 'evaporação e recondensação' e o da 'osmose reversa'. O primeiro é o mais antigo¹² e consiste em evaporar a água e converter, logo em seguida, o vapor em água destilada. Pelo fato de a água destilada ser imprópria para o consumo humano, é necessário reequilibrar a salinidade da água, por meio da adição da quantia certa de uma mistura de sais que, em geral, estão presentes na água doce encontrada na natureza. Já no processo de 'osmose reversa', a água é filtrada por meio de membranas que deixam passar a água, retendo a maioria das moléculas dos sais nela dissolvidos. Esse é mais apropriado a pequenas vazões ou a situações em que o teor de sal dissolvido na água é relativamente baixo e, ainda, por não ser efetuada a remoção de todos os sais da água não há necessidade de reequilíbrio da salinidade para deixá-la potável.

Esses dois processos de dessalinização, altamente onerosos, vêm sendo empregados no provimento de água em locais onde não existem alternativas para obtenção de água doce. A dessalinização de água tem sido empregada em três situações: a) em localidades situadas no litoral ou em ilhas áridas, para transformar água do mar em água potável; b) em localidades onde a água obtida de poços profundos é salobra e, portanto, imprópria para o consumo humano; c) em navios, submarinos, plataformas de petróleo e outros equipamentos que necessitam de água potável para suas tripulações.

A potabilidade ou não da água é verificada por meio de diversas técnicas que são, na maioria dos ordenamentos jurídicos, positivadas em normas legais e infra legais. Essas normas que se apresentam em forma de

¹² Segundo o Professor Jorge Paes Rios: "Em 1928 foi instalada em Curaçao uma estação dessalinizadora pelo processo da destilação artificial, com uma produção diária de 50 m3 de água potável". Disponível em <<http://ecoviagem.uol.com.br/fique-por-dentro/artigos/meio-ambiente/dessalinizacao-da-agua-682.asp>>. Acesso em 30 set 2009.

regulamentos jurídicos definem as características necessárias para considerar a água potável.

No Brasil, o Ministério do Meio Ambiente, através do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, em 17/03/2005 colocou em vigor a Resolução 357¹³, substituindo a Resolução CONAMA nº 20 de 18/06/1986¹⁴, para dispor sobre a classificação dos corpos de água e definir diretrizes ambientais para o seu enquadramento. Essa norma estipula a partir do artigo 7º uma série de condições e padrões de qualidade que devem ser observados, incluindo a água potável (destinada ao abastecimento para o consumo humano) na classificação das águas doces de classe especial (aquelas que são potáveis a partir de simples desinfecção); de classe 1 (águas potáveis após tratamento simplificado); e de classe 2 (potáveis após tratamento convencional).

Já no direito português, a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água)¹⁵, transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro (Directiva Quadro da Água)¹⁶, e estabeleceu as regras relacionadas aos recursos hídricos, da mesma forma como estão estabelecidas em vários países da Europa. Quanto aos aspectos relacionados à potabilidade, o Artigo 4º, d, da Lei nº 58/2005, definiu água potável (água destinada ao consumo humano), posteriormente, essa definição foi alterada¹⁷ pelo Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de agosto, no qual o art. 2º dispõe que a água destinada ao consumo humano deve ser definida como “toda a água no seu estado original, ou após

¹³ BRASIL. *Res. 357 do CONAMA*. Alterada e complementada pela Resolução 430 do CONAMA. Dispõe sobre a classificação dos corpos de Água. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>. Acesso em 03 out. 2012.

¹⁴ BRASIL. *Resolução 20 do CONAMA*, de 18 de junho de 1986. Dispõe sobre a classificação das águas doces, salobras e salinas do Território Nacional. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res2086.html>>. Acesso em 03 out. 2012.

¹⁵ PORTUGAL. *Lei nº 58/2005*. Aprova a Lei da Água. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2005/12/249A00/72807310.pdf>>. Acesso em 03 out. 2012.

¹⁶ A incorporação dessa diretiva, por ter sido efetuada com certo atraso resultou na declaração de incumprimento prolatada no Acórdão de 12/01/2006 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Luxemburgo).

¹⁷ A alteração verificada na redação consiste basicamente, além da correção gramatical, na inclusão das águas destinada “a higiene pessoal” entre aquelas que são destinadas ao consumo humano.

tratamento, destinada a ser bebida, a cozinhar, à preparação de alimentos, à higiene pessoal ou a outros fins domésticos, independentemente da sua origem e de ser fornecida a partir de uma rede de distribuição, de um camião ou navio-cisterna, em garrafas ou outros recipientes, com ou sem fins comerciais”¹⁸. O Decreto-Lei n.º 306/2007, no art. 8º, 2, definiu, ainda, que “Compete às entidades gestoras garantir que a água destinada ao consumo humano seja salubre, limpa e desejavelmente equilibrada, (...)”. Portanto, no Direito lusitano, essas normas determinam que se deve assegurar o abastecimento de água potável e que essa água destinada ao consumo humano satisfaça as exigências técnicas de qualidade, não podendo, em caso algum, apresentar sinais de deterioração.

Nos EUA - Estados Unidos da América - a EPA – Environmental Protection Agency - tem o encargo de observar a efetividade da denominada Lei da Água Limpa, “Clean Water Act Section 303”¹⁹, que define aos Estados a obrigação de estabelecer padrões de qualidade da água, e de rever e atualizar as normas pelo menos a cada três anos. Essas normas devem incluir critérios de qualidade da água, inclusive a água destinada ao abastecimento público, com a definição da quantidade de poluentes que as águas podem conter para cada uso específico. A EPA estabelece normas para cerca de 90 contaminantes na água potável, apresentando os teores máximos permitidos de substâncias potencialmente prejudiciais. Assim, a água potável, incluindo a água engarrafada, pode conter, pelo menos, pequenas quantidades de contaminantes²⁰.

A presença de contaminantes não indica necessariamente que a água representa um risco para a saúde. Inclusive podem ocorrer significativas discrepâncias entre os valores toleráveis, de uma legislação para outra. A título

¹⁸ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 306/2007*. Estabelece o regime da qualidade da água destinada ao consumo humano. Disponível em: < http://www.epal.pt/EPAL/docs/default-source/agua/legisla%C3%A7%C3%A3o-aplic%C3%A1vel/dl306_2007.pdf?sfvrsn=2>. Acesso em 03 out. 2012.

¹⁹ Clean Water Act Section 303 (Lei da Água Limpa). Disponível em <<http://www.epa.gov/waterscience/standards/rules/303.htm>>. Acesso em 05 out. 2009.

²⁰ Registra-se que para fins deste trabalho as expressões “contaminante” e “poluente” são sinônimas. Há autores que diferenciam poluentes de contaminantes, dentre eles: TUNDISI, Jose Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005).

de exemplo, numa comparação da legislação americana com a brasileira, verifica-se que nos EUA²¹ a EPA estabeleceu para o mercúrio, produto que pode provocar danos nos rins, no chamado 'Nível Máximo de Contaminantes (MCL)', um padrão de 0,002 mg / L, enquanto que no Brasil o CONAMA estabeleceu na Resolução 357, de 17 de março de 2005²², a tolerância máxima de 0,0002 mg / L, portanto a tolerância brasileira é dez vezes menor que a americana.

No direito internacional, por força do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²³, o Comitê DESC – Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - tem emitido OG - Observações Gerais - que são interpretações do Pacto que devem ser observadas pelos Estados Partes. Na Observação Geral 15²⁴ o Comitê DESC, ao fazer referência aos padrões de qualidade que as águas deverão ter, quando destinadas ao uso pessoal ou doméstico, define que as águas não devem conter micro-organismos ou substâncias químicas ou radioativas que possam constituir uma ameaça para a saúde e, ainda, que deverão ter uma cor, um odor e um sabor aceitáveis. Portanto, abstraem-se dessa Observação Geral características que as águas devem ter e que não devem conter para serem consideradas potáveis.

A definição de água potável que adoto para este trabalho tem como objetivo delimitar de forma clara a caracterização do bem objeto do direito de acesso analisado, portanto, não há qualquer pretensão ideológica de assumir determinado posicionamento ou corrente de pensamento nessa definição. Tal esclarecimento é necessário porque na definição adotada se enfatiza a

²¹ Estados-Membros podem definir padrões mais rigorosos para o mercúrio do que a EPA. Informações básicas sobre o Mercúrio na água potável – site EPA. Disponível em <<http://www.epa.gov/safewater/contaminants/basicinformation/mercury.html#five>>. Acesso 03 out. 2009.

²² Artigo 14, II, da Res. CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005, que define padrões de qualidade da água doce. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>. Acesso em 03 out. 2009.

²³ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

²⁴ Observação Geral nº 15 do Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em 10 out. 2009.

potabilidade, considerando as necessidades humanas, excluindo do conceito as condições necessárias para que a água pudesse ser consumida por animais.

Nesse sentido, é necessário esclarecer que incluir no conceito de água potável as águas passíveis de consumo animal geraria uma série de questionamentos de difícil solução. Apenas para elucidar tal afirmação: como considerar potáveis águas nas quais vivem ratazanas, totalmente contaminadas e perigosas para determinadas espécies de animais? Portanto, pela complexidade que a definição de potabilidade carrega, é impossível incluir em tal conceito outros animais que não o homem.

Além disso, trata-se de um tema jurídico, mais precisamente o “direito de acesso” a bens ambientais e, ainda, considerando que o direito tem sido essencialmente antropológico, não admite, grosso modo, uma interpretação “biológica”, ou seja, o direito de acesso tem como sujeito ativo apenas o homem, não admitindo outros seres como sujeito de direito.

Quanto à visão antropocêntrica na tutela do ambiente, e por conseguinte, no direito de acesso a bens ambientais, convém registrar o acerto da tese do “antropocentrismo ecológico”, defendida pelo Professor Vasco Pereira da Silva²⁵. É necessário superar a clássica dicotomia antropocentrismo-ecocentrismo, a partir da concepção de que o Direito é um fenômeno cultural, que regula relações entre seres livres e responsáveis que “devem ter consciência dos seus deveres de preservação do meio ambiente e das suas obrigações perante as gerações vindouras, que passam pela conservação do patrimônio biológico assim como do cultural”²⁶.

Vasco Pereira da Silva alerta que deve ser rejeitado qualquer excesso fundamentalista na caracterização do que denomina “antropocentrismo ecológico”. Alerta, ainda, que uma concepção subjetivista que tem como ponto de partida o “direito das pessoas” não deve desconsiderar a dimensão objetiva da tutela ambiental, já que o futuro do Homem está indissociavelmente ligado ao futuro da Terra. Finalmente, o autor ressalta que é preciso concordar com a

²⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

²⁶ SILVA, 2002, p. 31.

posição ecocêntrica de que “a natureza tem de ser protegida também em função dela mesma, como um valor em si”²⁷, porém com a ressalva de que “isso não deve significar nem a ‘personalização jurídica’ das realidades naturais, nem a pseudo-atribuição de ‘direitos subjetivos’ à Natureza – os quais seriam uma contradição nos termos, pois se trataria de uma espécie de ‘direitos subjetivos sem sujeito’.”²⁸

Assim, sem exageros e nem mesmo interpretações equivocadas, fica desde logo bem claro que na definição de água potável estará ausente a expressão ‘animais’, por força da necessidade de caracterizar que os destinatários do direito de acesso a esse bem ambiental são os seres humanos.

Outro esclarecimento quanto à terminologia utilizada diz respeito ao problema de ordem semântica relacionado às expressões “recursos hídricos” e “águas”. O significado de cada uma dessas palavras tem variações que dependem do ramo da ciência que as utiliza, porém, no decorrer deste trabalho elas serão empregadas como sinônimas.

No direito português há doutrinadores que enfatizam a diferenciação de significados entre as expressões ‘águas’ e ‘recursos hídricos’. Um dos juristas lusitanos, Jose Robin de Andrade, ao comentar a Lei nº 54/2005, norma que trata da titularidade dos recursos hídricos, afirma que o uso da expressão ‘recursos hídricos’ em vez de ‘águas’, é uma opção que procura ser consistente com a terminologia da própria Lei da Água, porque as questões de titularidade respeitam tanto às águas, entendidas como meio líquido, como aos solos que constituem os respectivos leitos e margens. “Todas estas realidades, funcionalmente relacionadas com as águas, integram os recursos hídricos, (...). O conceito de recursos hídricos abrange ainda os solos que, localizados em áreas próximas, são por isso sujeitos a regime especial(...)”.²⁹

²⁷ AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de.(Coord). *Direito do ambiente*. Lisboa: INA, 1994, p.16 e 17.

²⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 30.

²⁹ ANDRADE, Jose Robin de. *Um novo regime da titularidade das águas públicas*. in Revista jurídica do urbanismo e do ambiente, nº 23/24. Lisboa: Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, jan/dez 2005.

A expressão 'recursos hídricos', como substituta da expressão 'águas' passou a ser adotada com mais intensidade a partir da constatação, de matiz neoliberal, de que a água é também um recurso econômico. A escassez fez com que a água fosse considerada pelo sistema político vigente não mais como um bem livre, abundante e disponível a todos, mas como um recurso escasso, ao qual é atribuído valor econômico e cuja utilização deve ser objeto de pagamento pelos usuários. Assim, a utilização econômica fez com que a água passasse a ser reconhecida como um recurso hídrico, semelhante aos recursos minerais.

Essas teses vinculadas às ciências econômicas, por vezes, não são observadas na área do domínio jurídico. No Direito brasileiro, diferentemente do Direito português, a legislação que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433 de 08.01.1997, tem como âmbito de aplicação apenas os recursos hídricos oriundos de águas doces, sendo que o conceito de 'recursos hídricos' inclui tanto as águas superficiais como as subterrâneas disponíveis para qualquer tipo de uso. Portanto, essa norma brasileira não abarca na caracterização de recursos hídricos as águas marítimas que têm diferentes usos, alguns relacionados diretamente com a economia, como a pesca, navegação, lazer. Já no Direito português a Lei nº 54 de 15 de novembro de 2005, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos, nos artigos 3º e 4º define o domínio marítimo como público, estabelecendo a titularidade do Estado e quais são as águas marítimas compreendidas no âmbito de aplicação da Lei.

Por fim, a definição que adoto é de que 'água Potável' é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que apresenta determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo do ser humano. Assim, deve estar livre de qualquer tipo de contaminação, e ser oriunda de uma fonte natural ou artificial, como nascentes, poços, estação de tratamento, etc.

1.2 Águas: algumas classificações

1.2.1 Quanto à forma

A água pode ser encontrada na Natureza sob a forma de mares, rios, lagos, chuva, aquíferos, lençóis freáticos, nuvens, nevoeiro, orvalho, neve, geada, granizo e tantas outras formas.

Uma classificação intensamente utilizada, principalmente por limnólogos³⁰, é a classificação das águas quanto à forma em que se encontram disponíveis para os diversos usos, sendo as principais as águas superficiais e as subterrâneas, no entanto, outras formas também podem proporcionar o uso desse importante recurso, como as águas da chuva e as águas em forma de vapor.

As águas doces superficiais representam uma pequena parcela de toda água existente no planeta³¹. Compõem esse ambiente hídrico superficial os estuários de águas doces, os rios, os ribeirões, as ribeiras, os riachos, os córregos, as fontes, as nascentes, os aquedutos, os poços, os açudes, os lagos, as lagoas e tantas outras formas de disposição de porções de água.

Há uma intensa troca entre os diversos ambientes armazenadores de água superficial. Essa mobilidade entre os compartimentos hídricos superficiais ocasiona uma dificuldade no estabelecimento de suas reservas, dificultando generalidades tanto em termos quantitativos quanto em termos qualitativos.

Até meados do século XX, os estudos sobre rios tinham abordagem basicamente hidrológica, com objetivos primordialmente econômicos: a obtenção de energia elétrica; a retificação de cursos e a construção de eclusas para a navegação. Estudos com abordagem ecológica, portanto com enfoque sistêmico de rio, passaram a ser desenvolvidos desde então.

³⁰ A Limnologia é o estudo das reações funcionais e produtividade das comunidades bióticas de lagos, rios, reservatórios e região costeira em relação aos parâmetros físicos, químicos e bióticos ambientais (LAMPERT, Winfried; SOMMER, Ulrich. *Limnoecology: the ecology of lakes and streams*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 382)

³¹ Apenas 0,3 % da quantidade total de água doce da Terra está concentrada em lagos, reservatórios e sistemas fluviais (TUNDISI, Jose Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005, p. 7 e SHIKLOMANOV, Igor. *World fresh water resources*. In: GLEICK, Peter H. *Water in crisis: a guide to the world's fresh water resources*, 1993)

Sistemas de rios têm sido dramaticamente alterados em suas características em todo o mundo. Essas alterações têm sido provocadas diretamente pela construção de represas, reservatórios, retificação e canalização de cursos, e, indiretamente, pelo uso continuado e inadequado do solo e a descarga de grandes quantidades de efluentes orgânicos e inorgânicos nas regiões mais populosas e/ou industrializadas³².

Na sua acepção semântica, rio significa: “Curso de água natural, de extensão mais ou menos considerável, que se desloca de um nível mais elevado para outro mais baixo, aumentando progressivamente seu volume até desaguar no mar, num lago, ou noutro rio, e cujas características dependem do relevo, do regime de águas, etc.”³³

Juridicamente, conforme observa Antônio de Pádua Nunes, *apud* Paulo de Bessa Antunes, o conceito de rio difere daquele que é fornecido pela linguagem comum: “Podemos considerar rio o curso de água que é apto para navegação ou flutuação, bastando que essa aptidão exista em algum trecho nos termos do art. 6º do decreto-lei nº 2.281, de 5/9/40. Se assim não for, a corrente deverá denominar-se córrego, ribeirão, riacho, arroio etc”³⁴.

O conceito de rio, para Pinto Ferreira, é “o curso de água doce corrente, permanente e contínuo, movendo-se entre margens e sobre um leito ou álveo, terminando no mar, em lago ou em outro rio.”³⁵

Os estuários representam uma fronteira entre os meios marinho, terrestre e fluvial, comunicando com a área oceânica correspondente à zona litoral. Um estuário é um corpo de água costeiro, semi-fechado, o qual possui uma ligação livre com o mar aberto e no interior do qual a água do mar se dilui de forma mensurável, com água doce proveniente de drenagem terrestre.

³² SCHWARZBOLD, Albano. *O que é um rio*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000, p. 58.

³³ Dicionário Aurélio Eletrônico, Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 426.

³⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 472.

Os estuários têm sido considerados dos habitats naturais mais produtivos do mundo, representando áreas vitais de alimentação de muitas espécies de aves, de reprodução de muitas espécies de peixes, assim como locais de pesca costeira.

Além disso, desde longa data, os estuários assumiram um papel extremamente importante em termos de atividades humanas, quer como locais de navegação quer como locais preferenciais para a instalação de cidades e funcionamento de portos. A maioria dos estuários encontra-se, atualmente, sujeita a grande pressão, atuando como repositórios de efluentes industriais e domésticos, como localização preferencial para parques industriais ou, também, como zonas utilizáveis para criação de terrenos destinados a atividades agrícolas.

As águas superficiais também se apresentam em forma de “lagos” que são os responsáveis pelo abastecimento de mais de um bilhão de pessoas em todo o mundo. No entanto, mais da metade dos lagos do planeta estão em perigo devido à contaminação e a grande exploração, provocadas pelos despejos domésticos e industriais e pela extração excessiva por meio de bombeamento para a irrigação. Essas constatações foram divulgadas na IX Conferência Internacional sobre Conservação e Monitoramento de Lagos³⁶, realizada no Japão em 2001, resultado de levantamentos que incluem mais de cinco (5) milhões de lagos e outras fontes de água doce do planeta.

No Brasil, apesar da vastidão do território, há poucos lagos. Eles podem ser agrupados em três categorias: lagos costeiros, formados pelo fechamento de uma restinga ou cordão arenoso (caso das lagoas dos Patos, Mirim e Rodrigo de Freitas); lagos fluviais ou de transbordamento, originados pelo transbordamento de cursos fluviais (como o Manacapuru, no Amazonas) e lagos mistos (lagoa Feia, no Rio de Janeiro).

Lago e lagoa são duas definições extremamente importantes para a legislação protetora dos recursos hídricos. Em sua acepção comum, o

³⁶ IX Conferência internacional sobre Conservação e Monitoramento de Lagos, realizada no Japão, em Shiga, onde se encontra o Lago Biwa, responsável pelo abastecimento de milhões de pessoas. Disponível em <<http://www.aguaonline.com.br/edição=85>>. Acesso em 08 dez. 2008.

vocábulo lago, originado do latim *lacu*, é sinônimo de extensão de água cercada de terras. Já lagoa é vocábulo que também tem a sua origem no latim, provindo de *lacona*, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico, é um lago pouco extenso. No Brasil é corrente chamar lagoa a qualquer lago³⁷.

As águas superficiais em Portugal, pela relevância que têm para o seu povo e para o País, tem sido uma preocupação constante. As bacias hidrográficas dos rios luso-espanhóis (Minho, Lima, Douro, Tejo e Guadiana) constituem cerca de 2/3 do território de Portugal Continental, integrando 56% dos recursos hídricos superficiais portugueses. Especial atenção deve ser prestada ao tratamento dos Acordos existentes nesse domínio entre Portugal e Espanha. “A forte dependência de Portugal dos caudais fluviais afluentes de Espanha é um motivo suplementar para que sejam envidados todos os esforços no sentido da realização de planos de gestão únicos para cada bacia hidrográfica luso-espanhola”³⁸.

Fonte ou nascente são dois vocábulos que foram durante muito tempo objeto de viva controvérsia entre autores e na jurisprudência dos tribunais portugueses. Mario Tavarela Lobo, utilizando-se dos ensinamentos de Dias Ferreira, afirma que a diferença consiste fundamentalmente em que, “na linguagem ordinária e no uso comum, a palavra nascente emprega-se para designar a água que brota naturalmente do solo, enquanto que a fonte pressupõe algum trabalho para o aproveitamento das águas”³⁹.

Ribeira, ribeiro ou regato, expressões utilizadas com mais frequência em Portugal, no Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea⁴⁰, significam “pequeno curso de água, de menores dimensões que o rio”. São sinônimos de riacho e córrego, expressões utilizadas na literatura brasileira.

³⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 427.

³⁸ VIEIRA, José Manuel Pereira. *Gestão da Água em Portugal. Os Desafios do Plano Nacional da Água*. In Revista Engenharia Civil da Universidade do Minho, nº 16, Janeiro de 2003, p. 9.

³⁹ LOBO, Mário Tavarela. *Manual do direito das águas*. Vol 2. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 7.

⁴⁰ CASTALEIRO, João Malaca (coord). *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001, p. 3.256.

Água Subterrânea, na definição do Dicionário de Direito Ambiental, “é a água que se encontra abaixo no nível freático”⁴¹, compreendendo-se esse como sendo a distância entre a superfície e a zona saturada em água do solo.

Aquífero é o “solo, rocha ou sedimento permeável, capaz de armazenar água subterrânea”⁴². Na definição de Mario Wrege, “os aquíferos são os meios armazenadores e condutores, em quantidades apreciáveis, de água subterrânea”⁴³. No Atlas da água consta que aquífero “são imensos reservatórios de água, localizados no subsolo de áreas com rochas porosas”⁴⁴

As águas subterrâneas estão tendo uma real valorização a partir de um período muito recente, pois o aumento da população mundial, com o consequente incremento das áreas agricultáveis e da produção industrial, demandou o crescimento exponencial da exploração dos recursos hídricos. Como resultado desse processo, aliado à variedade de efeitos causados pelo desenvolvimento global, as águas superficiais dos rios e lagos tornaram-se insuficientes e degradadas. Assim, a procura por meios que substituíssem as reservas ineficientes ou deterioradas foi altamente incentivada, surgindo pesquisas de verificação do potencial hídrico dos aquíferos.

Uma das pesquisas de grande relevância é o mapa hidrogeológico da América do Sul que foi elaborado com patrocínio da UNESCO, dentro do seu Programa Hidrológico Internacional – PIH⁴⁵. Foi por meio desse mapa, lançado oficialmente durante o 30º Congresso Internacional de Geologia, que o aquífero Guarani ficou claramente identificado.

O Aquífero Guarani⁴⁶, conhecido como Sistema Botucatu, também já foi batizado de aquífero Gigante do Mercosul, tem a atual denominação por

⁴¹ KRIEGER, Maria da Graça. et al. *Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1998, p. 36.

⁴² KRIEGER, 1998, p. 51.

⁴³ WREGE, Mário. *Nocividades das atividades agrícolas sobre as águas subterrâneas*. In: Congresso sobre manejo alternativo de recursos hídricos, 1994, Florianópolis. Anais...Florianópolis: Imprensa universitária da UFSC, 1994, p. 47.

⁴⁴ CLARKE, Robin; KING, Jannet. *O Atlas da Água*. 1ª.ed. São Paulo: Editora Publifolha, 2005, p.26.

⁴⁵ O mapa hidrogeológico da América do Sul foi lançado na China, Beijing, de 4 a 14 de agosto de 1995 (ÁGUA EM REVISTA, 1995, p. 79-82).

⁴⁶ A denominação Aquífero Guarani passou a ser usada a partir de 1995.

sugestão do geólogo uruguaio Danilo Anton, sob o argumento de que “guarani” é uma homenagem aos povos indígenas que habitavam a região e de que essa denominação integra os quatro países que o aquífero atinge (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai). Esse aquífero é um dos maiores reservatórios de água doce do mundo, sua extensão é de 1,3 milhão de Km², correspondente às áreas da França, Inglaterra e Espanha⁴⁷.

Sua água doce é extremamente pura e própria para o consumo humano e suas reservas são recarregadas continuamente por meio da infiltração direta das águas de chuva, porém, já foram feitas afirmações de que: “há lençóis que não se renovam, constituindo bacias estanques do subsolo”⁴⁸.

O Aquífero Guarani tem grande importância como fonte hídrica de alta qualidade para suprimento de água potável em cidades, para a utilização na indústria, para exploração como estâncias hidrotermais e para irrigação na agricultura. Esse aquífero armazena um volume de água estimado em 40 mil quilômetros quadrados, suficiente para atender a população do Brasil por 3.500 anos⁴⁹. No entanto, a utilização das águas subterrâneas na indústria e no abastecimento público, nas últimas décadas, apresenta uma tendência de crescimento no Brasil, o que é preocupante, haja vista o risco de poluição do aquífero Guarani e as consequências desconhecidas de uma utilização em larga escala.

As águas subterrâneas, ao contrário do que se imagina, vêm sendo atingidas por várias formas de poluição, cada vez com maior intensidade⁵⁰. Entre as formas de contaminação que atingem os aquíferos estão os cemitérios⁵¹, os postos de gasolina⁵², os agrotóxicos⁵³, os depósitos de lixo, as

⁴⁷ ÁGUA EM REVISTA. *Revista técnica e informativa da CPRM*. Brasília: CPRM - Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, ano III, n. 5, ago/1995, p. 79.

⁴⁸ Afrânio Carvalho *apud* FREITAS, Vladimir Passos de. *Sistema jurídico brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas*. In: 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, jun/2001, São Paulo. Anais...São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2001, p. 223.

⁴⁹ GRAF, Ana Claudia Bento. *Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos estados*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 12, ano IV, set/dez. 2000b, p. 34.

⁵⁰ PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: : a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005, p. 33.

⁵¹ SILVA, Leziro. *Cemitérios: fonte potencial de contaminação dos aquíferos livres*. Revista Saneamento Ambiental, n. 71, nov/2000, p. 41.

usinas de açúcar, os curtumes, os frigoríficos, as fossas sépticas e os poços rasos e profundos, que são construídos, operados e abandonados sem tecnologia adequada.

Em Portugal as águas subterrâneas passaram a ser objeto de tutela jurídica de forma claramente expressa a partir da vigência do Decreto-Lei n.º 208/2008, de 28 de Outubro⁵⁴, que estabelece o regime de proteção das águas subterrâneas contra a poluição e deterioração, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/118/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro e dando também cumprimento ao disposto no artigo 47.º e no n.º 3 do artigo 102.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água).

A norma lusitana considera a água subterrânea um recurso natural valioso que, enquanto tal, deve ser protegido da deterioração e da poluição química. Essa proteção é particularmente importante no que respeita aos ecossistemas dependentes da água subterrânea e à utilização dessa para o abastecimento de água destinada ao consumo humano. A água subterrânea representa as massas de água doce mais sensíveis e importantes da União Europeia, sendo uma fonte essencial de abastecimento público de água potável em muitas regiões, devendo ser protegida de forma a evitar a deterioração da qualidade, a fim de reduzir o nível do tratamento de purificação necessário à produção de água potável. Por isso, estão definidos no Decreto-Lei n.º 208/2008, de 28 de Outubro, que se deve realizar o procedimento para avaliação do estado químico das massas de água subterrânea; identificar as eventuais tendências significativas e persistentes para o aumento das concentrações de poluentes, grupos de poluentes e indicadores de poluição presentes nas massas ou grupos de massas de água subterrânea identificados como estando em risco, e definir o ponto de partida para a inversão dessas

⁵² O jornal ABAS/informa, abril/2001, p. 5, publicou matéria denominada “Aquíferos contaminados por gasolina”.

⁵³ O jornal O Estado de São Paulo, de 04.06.2001, p. B8, publicou a matéria “Maior manancial está sob reservatórios do Brasil” fazendo referências à poluição por agrotóxicos.

⁵⁴ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 208/2008*. Estabelece o regime de protecção das águas subterrâneas contra a poluição e deterioração. Disponível em: < <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2008/10/20900/0756907575.pdf>>. Acesso em 28 set. 2013.

tendências; e, ainda, que se devem tomar medidas para prevenir ou limitar a introdução de poluentes na água subterrânea.

A legislação vigente em Portugal é avançada, assim como parte considerável da legislação ambiental em vigor na União Europeia, no entanto, a efetividade dessas normas nem sempre corresponde à realidade normativa. Em Jurisprudência Comunitária Publicada em 04-04-2009, documento nº 28937, referente a 'Acção intentada em 28 de Janeiro de 2009 — Comissão das

Comunidades Europeias/República Portuguesa (Processo C-37/09)', o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias(2009/C 82/31) utilizou como argumento relevante para Condenar a República Portuguesa nas despesas o fato da Administração portuguesa não ter tomado, durante muitos anos, as disposições necessárias para impedir os detentores de resíduos não identificados de descarregarem e abandonarem resíduos nas pedreiras desativadas, além de não ter tomado as medidas necessárias para impedir a introdução nas águas subterrâneas de substâncias tóxicas e prejudiciais.

No Brasil o tratamento jurídico que é dispensado às águas subterrâneas é insignificante. A constituição Federal de 1988 refere-se a elas no art. 26, inc. I, para afirmar que elas se incluem entre os bens dos Estados⁵⁵. Em outros dispositivos a Carta Magna fala em águas de forma genérica.

No plano infraconstitucional a Lei nº 9.433, de 08.01.1997⁵⁶, que institui a política nacional dos recursos hídricos, está voltada para as águas superficiais e faz breve referência às águas subterrâneas nos artigos 12, inciso II⁵⁷, e 49, inciso V⁵⁸, para prever a outorga de direitos de uso de recursos hídricos subterrâneos e considerar infração o seu uso sem autorização.

⁵⁵ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Título III, Capítulo III "Dos Estados Federados": Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obra da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 9.433* de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

⁵⁷ Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo poder público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:...II – extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10.07.1934)⁵⁹, nos artigos 96 a 101, fazia referências às águas subterrâneas, porém para proteger os conflitos de vizinhança. Além disso, o art. 96 foi revogado pela Lei nº 9.433, de 08.01.1997 (Lei de Recursos Hídricos) ao caracterizar a água como bem público de uso comum e ao impossibilitar a apropriação das águas subterrâneas, passando a ser possível usá-las se houver outorga do órgão público (conforme art. 12, inciso II, da Lei 9.433, de 08.01.1997).

As demais leis federais brasileiras nada dispõem sobre proteção jurídica dos aquíferos. O jurista Vladimir Passos de Freitas entende que: “sendo omissa a legislação federal é na legislação estadual que se disporá sobre a matéria”⁶⁰. No entanto, ressalta ele que “há quem sustente que pertençam à União as águas subterrâneas que ultrapassam as divisas de um Estado-membro. Tal interpretação, todavia, não convence, pois o constituinte não fez distinção entre as águas...”⁶¹.

Édis Milaré, referindo-se ao domínio das águas na Constituição de 1988, comenta os artigos 20, inciso III e 26, inciso I, sobre as águas subterrâneas, concluindo que: “em suma, são da União as águas interiores superficiais que não se contenham no território de um Estado. As águas subterrâneas são sempre estaduais, independentemente da extensão do aquífero”.⁶²

No que respeita ao domínio das águas e à competência para legislar sobre elas, José Afonso da Silva afirma que: “não é muito coerente atribuir aos Estados o domínio de águas superficiais e subterrâneas, (...), sem lhes

⁵⁸ Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:...V – perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;

⁵⁹ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008.

⁶⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 224.

⁶¹ FREITAS, 2000, p. 224.

⁶² MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001, p. 388.

reconhecer a competência para legislar, ainda que fosse suplementarmente sobre águas”⁶³.

Quanto a esse tema o entendimento que manifestei em outro momento⁶⁴ é de que o constituinte brasileiro se equivocou ao relacionar as águas subterrâneas como de domínio dos Estados (art. 26, I) e não da União (Art. 20), considerando a existência de águas subterrâneas transfronteiriças. O artigo 20 da CF/88 aduz que rios e lagos que banham mais de um Estado são bens da União, no entanto, as águas subterrâneas mesmo que transcendam mais de um Estado ou de um País (águas transfronteiriças), a competência é estadual conforme artigo 26 da CF/88. Assim é inegável que o domínio sobre os recursos hídricos subterrâneos deve ser da União e não dos Estados. É inaceitável que somente legislações estaduais façam a proteção jurídica compatível com a importância das águas subterrâneas transfronteiriças.

Penso que por conta desse equívoco do constituinte brasileiro, em definir o domínio das águas subterrâneas aos estados, a Lei nº 9.433, de 08.01.1997, está muito voltada para a água superficial. Para amenizar essa falha legislativa, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA - aprovou a Resolução nº 396, de 03 de abril de 2008⁶⁵, que dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas. Com essa norma, as águas subterrâneas, assim como já acontece com as águas de superfície, passam a ser classificadas de acordo com suas características hidrogeoquímicas naturais e seus níveis de poluição, objetivando, entre outros fins, prevenir e controlar a poluição e promover a proteção da qualidade das águas subterrâneas que, uma vez contaminadas, demandam processos lentos e onerosos para recuperação.

⁶³ SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 86-87.

⁶⁴ Essa discussão por não ser objeto do presente trabalho limito-me a esboçar sinteticamente minha opinião. A argumentação na íntegra está *in* PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005.

⁶⁵ BRASIL. *Resolução 396 do CONAMA*, de 3 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=562>>. Acesso em 04 nov. 2013.

Assim, as águas subterrâneas são enquadradas em classes de 1 a 5, além da classe especial, reservada aos aquíferos destinados à preservação de ecossistemas em unidades de conservação de proteção integral ou que alimentem corpos d'água superficiais também classificados como especiais. Para garantir a qualidade da água dentro de sua classificação, a Resolução nº 396 define que os órgãos ambientais devem promover implementação de Áreas de Proteção de Aquíferos e Perímetros de Proteção de Poços de Abastecimento. A resolução também prevê a criação de Áreas de Restrição e Controle do Uso da Água Subterrânea, a serem implementadas em caráter excepcional e temporário quando a captação em determinados corpos de água representar risco para a saúde humana, para ecossistemas ou para os próprios aquíferos.

No entanto, pela importância que têm as águas subterrâneas, as disposições previstas nessa Resolução CONAMA nº 396 estão muito aquém do necessário para que seja efetuada a proteção desse importante bem ambiental.

No final do século passado, estimava-se que de 50% a 60% da população brasileira era abastecida por água subterrânea, por meio dos milhares de poços perfurados, e que não havia, entretanto, cadastro oficial, nem monitoramento eficazes desses poços. Atualmente essa situação não é diferente e poderá piorar, pois não há controle da qualidade dos poços que estão sendo perfurados, nem como realizar um levantamento das condições ambientais. Muitos poços estão poluindo lençóis subterrâneos e esses demoram alguns milhares de anos para ser despoluídos. Os mananciais não são como os rios, que em 15 a 20 dias se renovam⁶⁶.

É preocupante essa situação em que a legislação federal brasileira ignora a exploração das águas subterrâneas. A preocupação é agravada, ainda, pelo fato de que parte considerável das águas subterrâneas brasileiras são transfronteiriças, destacando-se as águas do Aquífero Guarani que abrangem os quatro países do Mercosul.

⁶⁶ “Água, ouro do século XXI”, Jornal Gazeta Mercantil de 19 de novembro de 1998, seção Relatório da Gazeta Mercantil, p. 6.

Por maior esforço que se faça para tentar proteger as águas subterrâneas, permanece evidente a necessidade de normas específicas que regulamentem o uso e protejam esse bem subterrâneo vital⁶⁷.

Na primeira metade do século XX, as águas quanto ao lugar que ocupam eram divididas em duas classes: as superficiais e as subterrâneas⁶⁸. Hoje, é possível acrescentar a esse rol classificatório outras formas também importantes e relevantes para os múltiplos usos da água, principalmente quanto à forma em que estão disponíveis para os diversos usos. Assim, não há como deixar de fazer referências às águas que estão em forma de vapor e àquelas que são oriundas das precipitações (águas pluviais).

As legislações de diversos países definem águas pluviais inspiradas na definição do direito romano, como as que procedem imediatamente das chuvas. “As águas pluviais são as consideradas provenientes da precipitação, sendo esta o fenômeno natural ou provocado de deposição sobre a superfície do solo, na forma líquida, sólida ou de nevoeiro, da água contida na atmosfera”⁶⁹.

De um modo generalizado, a captação da água da chuva é efetuada no telhado das habitações ou indústrias; a qualidade da água recolhida depende dos materiais utilizados na construção do telhado e dos resíduos que nele se depositam. Hoje são comercializados com facilidade os denominados SAAP - “Sistemas de Aproveitamento de Águas Pluviais”. É um sistema que aproveita, recupera e utiliza águas pluviais (chuva), um meio ecológico de utilização contínua e renovada de um bem essencial. As Fases de um Sistema de Aproveitamento de Águas Pluviais são: captação (na cobertura dos edifícios e garagens, terraços, pátios,...); pré-tratamento (filtração e eventualmente tratamentos químicos dependendo do tipo de utilização prevista); armazenamento (em cisternas ou depósitos que poderão ser ou não

⁶⁷ PES, João Hélio Ferreira e SIMONETTI, Mariano Bertoldo. *Prevenção e precaução na tutela das águas subterrâneas*. In PES, João Hélio Ferreira e OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 220.

⁶⁸ GAMA, Afonso Dionísio. *Das águas no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 25.

⁶⁹ LOBO, Mário Taveira. *Manual do direito das águas*. Vol 1. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 136.

subterrâneos); utilização (bombeamento e distribuição para rega, águas sanitárias,...).

A água contida nas nuvens (água em forma de vapor) já não é inacessível para os homens. A prefeitura de Los Angeles investe valores consideráveis para semear nuvens sobre as montanhas San Gabriel, no norte da cidade, para aumentar as chuvas e encher seus reservatórios. O governo municipal tem investido na semeadura mesmo sabendo que não há a confirmação de nenhum cientista de que a prática de “bombear” nuvens com iodeto de prata é responsável pelo aumento da precipitação. Autoridades municipais afirmam que os resultados são moderados, tendo um aumento aproximado de 15% do volume médio de precipitações⁷⁰.

Nas olimpíadas realizadas em 2008, em Pequim, o assunto da fertilização de nuvens com iodeto de prata e outros químicos foi veiculado nos principais jornais do globo⁷¹. No dia da abertura dos jogos, a previsão meteorológica era de céu nublado em Pequim, 41 por cento de hipóteses de chuva e trovoadas, com a temperatura a 30-32 graus, sendo que a solução poderia ser provocar a chuva no dia anterior ao da abertura, por isso, a imprensa divulgou que havia “mais de 30 mil chineses de armas prontas a atirar ao céu, canhões de defesa antiaérea carregados com cartuchos de iodeto de prata que têm as nuvens prometedoras de chuva como alvos. O objectivo não é declarar guerra ao céu, mas, sim, tentar afastar as chuvadas que poderão ensopar a cerimónia de abertura dos Jogos Olímpicos”.

1.2.2 Classificação quanto ao uso

As águas podem ser classificadas em usos consuntivos e não consuntivos⁷². Os usos consuntivos da água são aqueles que retiram a água de seus mananciais, através de captações ou derivações, e apenas parte dessa

⁷⁰ Los Angeles vai semear nuvens *in* ACONTECE: últimos acontecimentos. Disponível em <<http://www.igeduca.com.br/artigos/acontece/los-angeles-vai-semiar-nuvens.html>>. Acesso em 12 out. 2009.

⁷¹ Trinta mil armas apontadas ao céu para ter bom tempo. Notícia PUBLICADA EM 08.08.2008, por Clara Barata. Jornal Público. Disponível em <<http://olimpicos2008.publico.clx.pt/noticia.aspx?id=1338172>>. Acesso em 18 out. 2009.

⁷² Classificação adotada por CARRERA-FERNANDEZ, José e GARRIDO, Raymundo José. *Economia dos recursos hídricos*. Salvador: Edufba, 2003, p. 22-37.

água retorna às suas fontes de origem. Exemplos de usos consuntivos são a agricultura irrigada, o abastecimento humano, a dessedentação de animais e o abastecimento industrial.

Os usos não consuntivos são aqueles que utilizam a água em seus próprios mananciais sem haver necessidade de retirá-la ou, após captada, retorna integralmente a seus mananciais. Exemplos de usos não consuntivos são a pesca, o lazer e recreação e a navegação fluvial, que aproveitam a disponibilidade da água em sua própria fonte, sem qualquer modificação quantitativa significativa.

A irrigação, dentre os usos consuntivos da água, é a modalidade de uso que causa a maior indisponibilidade de água para outros usos, ou seja, a maior proporção da água retirada que não volta, pelo menos total e imediatamente, ao corpo de água, a qual pode atingir, segundo José Carrera-Fernandez e Raymundo José Garrido⁷³, a expressiva proporção de 70%. Os mesmos autores informam que a indisponibilidade da água no abastecimento urbano está em torno de 50%, dos quais 60% são devidos exclusivamente às perdas no transporte, desde o ponto de captação até a distribuição final. O abastecimento industrial, por outro lado, apresenta uma das menores proporções de indisponibilidade, algo em torno de 20%, mas pode variar bastante a depender da tecnologia e do setor industrial usuário. Nesse sentido, os ramos da indústria como o curtimento de couro, a fabricação de celulose e papel e de bebidas, são exemplos de atividades que são altamente intensivos em uso de água.

São, ainda, exemplos de usos não consuntivos a diluição de efluentes e a geração de energia elétrica. Embora a utilização da água para geração de energia elétrica seja considerada como uso não consuntivo dos recursos hídricos, a geração hidráulica de energia acarreta significativas perdas por evaporação nos espelhos de água dos reservatórios de regularização de vazão, as quais podem comprometer a sustentabilidade dos sistemas hídricos.

⁷³ CARRERA-FERNANDEZ, José e GARRIDO, Raymundo José. *Economia dos recursos hídricos*. Salvador: Edufba, 2003, p. 22-23.

Sem se ficar adstrito a essa classificação de usos consuntivos e não consuntivos, convém abordar neste trabalho, com mais profundidade, alguns usos dentre os múltiplos existentes, nomeadamente aqueles que se relacionam e impactam o direito de acesso à água potável, utilizando-se como fonte principal a obra 'Economia dos Recursos Hídricos' de Jose Carrera-Fernandez e Raymundo José Garrido⁷⁴.

A água para consumo humano ou doméstico compreende a utilizada na dessedentação, na alimentação, no asseio pessoal e na limpeza da casa e dos utensílios ou roupas e na irrigação de jardins, dentre outras. Estima-se que o consumo médio diário de água para uma pessoa, pertencente a uma família de classe média, em país desenvolvido, é aproximadamente de 560 litros. "O volume utilizado *"per capita"* varia nos diferentes continentes, países e regiões. Esse volume de água é menor para família de classe média e populações de países pobres ou emergentes"⁷⁵.

Portanto, as demandas por água para abastecimento humano dependem da população abastecida e de seu consumo de água *per capita*. A população a ser abastecida é estimada através de estudos demográficos. O consumo de água per capita, entretanto, depende de uma série de características da comunidade a ser atendida.

A água para uso humano é aquela própria das atividades estritamente domésticas, e de quaisquer outras atividades praticamente inseparáveis dessas e que também exijam requisitos de qualidade e quantidade, além da garantia de abastecimento. Os sistemas de abastecimento humano também fazem uso de cursos de água para devolver os efluentes tratados, aproveitando, dessa forma, a capacidade diluidora dos mananciais.

A experiência tem demonstrado que, em geral, os consumos *per capita* de água crescem com o tamanho da população e com o progresso da mesma ao longo do tempo. O aspecto importante a ser considerado é, portanto, a estimativa das demandas futuras nesse uso, objetivando-se determinar o

⁷⁴ CARRERA-FERNANDEZ, José e GARRIDO, Raymundo José. *Economia dos recursos hídricos*. Salvador: Edufba, 2003, p. 22-37.

⁷⁵ TUNDISI, Jose Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005, p. 28.

balanço hídrico para que sejam asseguradas, nas várias bacias hidrográficas, as vazões necessárias para atendimento ao consumo humano que, sob o ponto de vista legal, tem prioridade sobre os demais usos.

O World Wild Fund (WWF) revelou, na apresentação do seu Relatório Planeta Vivo 2008⁷⁶, que Portugal se encontra em 6.º lugar no grupo dos países com maior consumo de água por habitante, no qual se inclui também a componente dos bens e serviços importados. Os primeiros cinco lugares são ocupados pelos EUA, Malásia e três países mediterrânicos: Grécia, Itália e Espanha. O Brasil se encontra em 58º lugar. A organização diz que cada português consumiu em média, entre 1997 e 2001, cerca de 2,2 milhões de litros de água por ano, correspondendo 1,2 milhões (54%) à água gasta na produção de bens e serviços noutros países do mundo e que foram importados para Portugal, e 1 milhão (46%) à que foi gasta na produção de bens e serviços portugueses.

A água para o abastecimento humano tem prioridade sobre qualquer outro tipo de uso, daí a importância de sua reservação, em todos os mananciais, para essa finalidade, observando-se criteriosamente as características de qualidade aceitáveis para atender às crescentes necessidades das comunidades.

A atividade fabril se beneficia da água para diferentes propósitos, seja para incorporação aos produtos industriais, isto é, como matéria-prima, seja para a geração de vapor d'água ou para fins de refrigeração, seja como solvente ou como fator de limpeza do ambiente da fábrica ou ainda para o uso doméstico do seu efetivo de pessoal.

Da mesma maneira que os sistemas de abastecimento humano, a indústria também faz uso de cursos de água para fins de descarte de seus efluentes após tratamento.

O desenvolvimento da vida vegetal está condicionado, essencialmente, pela natureza do solo, pelo clima e pela quantidade de umidade disponível para o crescimento das plantas. A umidade requerida procede das chuvas ou, na

⁷⁶ WORLD WILD FUND (WWF) - *Relatório Planeta Vivo 2008*. Disponível em <<http://www.wwf.pt/noticias/?149021/WWF-Relatorio-Planeta-Vivo-2008-sugere-mudanca-no-uso-dos-recursos-ou-crash-ecologico>>. Acesso em 15 out. 2009.

falta dessas, das vazões extraídas de algum corpo de água, através do processo de irrigação. O volume de água a ser aplicado artificialmente depende, portanto, da climatologia, das características do solo, do tipo de programa de cultivos, bem como da eficiência no uso da água.

Considera-se água para a agricultura irrigada o volume desse recurso natural que não é suprido naturalmente através das chuvas, necessário à aplicação artificial aos cultivos, de forma a otimizar o seu desenvolvimento biológico.

A atividade de irrigação é a maior consumidora de água entre os diversos usos desse recurso natural. Dentro dela os consumos específicos variam bastante, a depender do método de irrigação empregado.

Em relação ao sistema de irrigação, esse deverá harmonizar-se com as características do plano de culturas, sobretudo no que se refere ao solo, aos requisitos inerentes aos cultivares, além da renda esperada.

A pesca, além de ser um uso compatível com outros usos da água, é também uma atividade de grande importância para a economia, podendo responder por uma parcela significativa da produção de alimentos, da geração de emprego, renda e da arrecadação de impostos, entre outros benefícios.

O produto da pesca tem a vida aquática como o seu meio natural, demandando, adicionalmente, um certo número de requisitos que compõem o padrão de qualidade da água, sem o que não se poder esperar vida saudável das espécies.

A piscicultura faz uso de tanques ou açudes de variadas dimensões, preenchidos com água derivada dos leitos dos rios ou de outras fontes, sendo devolvidas à jusante do ponto de captação. “A adoção da prática da piscicultura racional em lugar da captura de peixes nativos, traz uma série de vantagens econômicas”⁷⁷.

A qualidade da água para a piscicultura é tão importante quanto a qualidade do solo para a agricultura. Isto é: se a água não contiver os elementos nutritivos para os peixes e nem apresentar propriedades físicas

⁷⁷ CARRERA-FERNANDEZ, José e GARRIDO, Raymundo José. *Economia dos recursos hídricos*. Salvador: Edufba, 2003, p. 32.

adequadas, a produção obtida ficará abaixo da esperada. A salinidade pode alcançar níveis elevados sem afetar os peixes, pois há espécies que são tolerantes à alta salinidade.

A degradação dos recursos pesqueiros, expressão de uma das crises da biodiversidade no meio hídrico, acarreta um agravamento sério dos problemas ligados à fome, na medida em que o pescado constitui a “proteína dos pobres”⁷⁸. A perda de saúde dos rios, lagos, zonas úmidas e mangais tanto afeta as pescarias em água doce, ou águas intermédias de transição, como os litorais marinhos, cuja fertilização depende em grande parte do escoamento maciço de nutrientes continentais por via fluvial.

A utilização da água para a geração de energia elétrica é considerada um dos usos não consuntivos desse recurso, mas o aproveitamento hidrelétrico e a operação de plantas termelétricas podem afetar, de forma significativa, o balanço hídrico de uma bacia ou região hidrográfica.

É a combinação de dois fatores, um hidrológico e outro topográfico, que cria o potencial hidrelétrico. Esse é o produto da vazão (fator hidrológico) de um manancial e da altura da queda de água (fator topográfico).

Os reservatórios para geração de energia elétrica alteram substancialmente o padrão de variabilidade do fluxo de água à jusante, razão porque, algumas vezes, para que se possa reutilizar o caudal descarregado, torna-se necessária a construção de outro reservatório logo após, à jusante do primeiro. Por outro lado, o volume armazenado também pode ser utilizado para outras finalidades, criando a possibilidade da prática do princípio dos usos múltiplos, importante no contexto do planejamento e gerenciamento dos recursos hídricos.

Alguns técnicos do setor elétrico costumam apontar, como vantagem da utilização da água para geração de energia, o fato de não haver consumo da mesma, isto é, o fato de tratar-se de um uso não consuntivo, o que faz da geração de energia elétrica um uso dos recursos hídricos que normalmente

⁷⁸ “Proteína dos pobres” – expressão utilizada in AGUDO, Pedro Arrojo et al. *Lo público y lo privado en La gestión del agua: experiencias y reflexiones para El siglo XXI*. Madrid: Ediciones de Oriente y del Mediterráneo, 2005.

pode ser combinado com outros. No entanto, é relevante assinalar que a evaporação nos espelhos de água de alguns reservatórios é apreciável, sobretudo em regiões de clima quente como é o caso do território brasileiro, principalmente o nordestino.

Dentre os vários outros usos, é possível destacar alguns como a dessedentação de animais que passou a ser no Brasil, a partir da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997⁷⁹, um dos dois usos prioritários da água em situações de escassez, juntamente com o abastecimento humano. Essa caracterização legal de prioridade do uso foi instituída objetivando a proteção de interesses econômicos, precisamente em relação à atividade pecuária. Portanto, penso que não dá para ter a ilusão de que essa legislação foi criada para tutelar os animais simplesmente por serem animais.

A navegação fluvial é um importante uso da água. Nas civilizações antigas, as pessoas viajavam de um lugar a outro quase que exclusivamente pela água. No contexto histórico, as vias de acesso à conquista interna do território brasileiro deram-se através da penetração pelos rios. Embora a navegação não constitua uso consuntivo da água, o seu estudo é importante para a gestão dos recursos hídricos, porque há necessidade de se garantir um determinado patamar de vazão para dar a necessária condição de navegabilidade, com vazões de água. Ao se estabelecerem as condições necessárias à navegabilidade, com vazões compatíveis com o calado (altura da parte submersa) das embarcações, podem-se impor restrições a outros usos consuntivos que tenham lugar no mesmo trecho do curso de água.

O lançamento, diluição e transporte de efluentes tratados é também uma das múltiplas formas de se utilizarem as águas. Esse uso ocorre primeiramente em corpos de água superficiais correntes, pelo seu poder diluidor propiciado pela vazão. As atividades econômicas que mais se beneficiam desse tipo de uso são o abastecimento humano e o abastecimento industrial. Aspecto importante a ser levado em consideração é que os efluentes, urbanos e industriais, somente podem ser descartados em corpos de água se os seus parâmetros característicos se situarem dentro do balizamento

⁷⁹ Artigo 1º, III, da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 que Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

dado pelas normas ambientais de cada Estado, regras essas que, infelizmente, não têm sido levadas a sério.

O uso dos reservatórios, rios e lagos, para fins de recreação, costuma ser compatível com a maior parte dos demais usos dos recursos hídricos. Tanto quanto a pesca e o abastecimento humano, o uso da água para fins de recreação implica, antes de tudo, a necessidade de boa qualidade da água, sem o que o usuário desses serviços, com o tempo, perderá o interesse pelo local. A prática de esportes náuticos também se insere nesse tipo de uso dos recursos hídricos. Natação e canoagem, tanto quanto a ginástica coletiva em lagoas ou margens de rios ou lagos, são exemplos de esportes que exigem um bom nível de conservação da água.

Em síntese, ao longo da história da humanidade, usos múltiplos e variados dos recursos hídricos sempre foram uma constante, inclusive o desenvolvimento cultural e religioso, como no caso do rio Ganges, resultaram impactos diversificados sobre as águas. Esse impacto se intensificou na mesma proporção do acelerado desenvolvimento econômico e crescimento populacional verificado no período histórico mais recente. Um mesmo rio ou lago pode ser objeto de diferentes usos ao longo de sua extensão em diferentes regiões, como o Rio Ganges que, no decorrer de seu trajeto, tem usos diversificados e nas margens vivem milhões de pessoas; parcela considerável dessas pessoas vivem do rio e para o rio.

Portanto, as referências feitas, neste tópico, aos múltiplos usos da água e à variada classificação que se adota, assim como o ciclo da água (próximo tópico) e a importância da água (tópico 1.3), servem para compreender e situar a água potável, por ser esse o elemento central desta investigação que pretende analisar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o consequente dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

1.2.3 O ciclo da água

O ciclo da água, também denominado ciclo hidrológico, é responsável pela renovação da água no planeta. “O ciclo hidrológico é o princípio unificador

fundamental de tudo que se refere à água no planeta. Toda a água do planeta está em continuo movimento cíclico entre as reservas sólida, líquida e gasosa”⁸⁰. É claro que a fase de maior interesse é a líquida por ser a fundamental para o uso e para satisfazer as necessidades do homem e de todos os organismos animais e vegetais.

O ciclo hidrológico é impulsionado pela energia da radiação solar, pela ação dos ventos, pela interação dos oceanos com a atmosfera e pela evapotranspiração, principalmente a evaporação a partir das massas de águas continentais e oceânicas.

A água presente em nosso ambiente encontra-se em constante movimento. No entanto, “a água distribui-se de modo irregular, no tempo e no espaço, em função das condições geográficas, climáticas e meteorológicas. A água, embora recurso renovável, deve, então, ser considerada recurso finito e de ocorrência aleatória”⁸¹.

O ciclo da água inicia-se com a energia solar, incidente no planeta Terra, provocando a evapotranspiração, que consiste na evaporação das águas dos rios, reservatórios e mares, bem como a transpiração das plantas.

O vapor d'água forma as nuvens, cuja movimentação sofre influência do movimento de rotação da Terra e das correntes atmosféricas. Assim, com a condensação do vapor d'água, formam-se as chuvas. Quando a água das chuvas atinge a terra, ocorrem dois fenômenos: um deles consiste no seu escoamento superficial em direção dos canais de menor declividade, alimentando diretamente os rios e outras águas superficiais; o outro, a infiltração no solo, alimenta os lençóis subterrâneos.

A água que atinge a superfície de uma bacia hidrográfica pode, então, ser drenada, ir para outros rios e mares, ser reservada em lagos e represas e daí evaporar para a atmosfera ou infiltrar-se e percolar-se no solo, assim fechando o ciclo das águas.

⁸⁰ TUNDISI, Jose Galizia. Água no século XXI: *enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005, p. 5.

⁸¹ PRUSKI, Fernando Falco; SILVA, Demetrius David da (editores). *Gestão de Recursos Hídricos: aspectos legais, econômicos, administrativos e sociais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos; Viçosa: Universidade Federal de Viçosa; Porto Alegre: ABRH, 2000, p. 128.

Dessa forma, pode-se encontrar a água em três estados físicos, sendo líquido, gasoso e sólido. O conjunto das águas contidas no planeta desenvolve uma interdependência entre as mesmas; isso ocorre por meio dos processos de evaporação, precipitação, infiltração e escoamento que configura como uma dinâmica hidrológica. Em outras palavras, a água que hoje está em um lençol freático logo mais poderá estar na atmosfera ou mesmo em uma geleira.

A velocidade do ciclo hidrológico varia de uma era geológica para outra, assim como as proporções da soma total de águas doces e águas marinhas. “Em períodos de glaciação, por exemplo, era menor a proporção de água doce líquida, enquanto em períodos mais quentes a forma líquida era mais comum”⁸².

O homem sempre procurou entender os fenômenos do ciclo hidrológico. Na antiguidade as pessoas atribuíam os fenômenos da natureza à presença da vontade divina. Acreditava-se que tudo fosse obra e vontade dos deuses. Ao longo do tempo, muitas e diferentes explicações foram dadas a essas inquietações. Acreditava-se que existiam no interior da Terra grandes reservatórios de água, sendo que os maiores formariam rios e os menores dariam origem a lagos e córregos. Acreditava-se também que deuses e deusas carregavam grandes potes e derramavam água para formar rios. Aristóteles, que viveu três séculos antes de Cristo, não concordava com essas ideias, dizia que, se os rios tivessem sua origem no interior da Terra, não haveria depósitos com volumes suficientes para fornecer água constantemente. Sua opinião era que “as regiões montanhosas e elevadas são semelhantes a uma esponja: filtram a água gota a gota, que cai em forma de chuva em vários locais, e a distribuem para as nascentes dos rios”. Além disso, Aristóteles relacionava a umidade do ar com a formação de gotas e das chuvas. Dizia ele: “Aquilo que envolve a Terra não é apenas ar, mas uma espécie de vapor, e isto é que explica que ele se transforme de novo em água”⁸³. Aristóteles sabia portanto que a água tem um ciclo, ou seja, ela passa por transformações, mas é sempre a mesma água”

⁸² TUNDISI, Jose Galizia. Água no século XXI: *enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005, p. 6.

⁸³ GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

Resumidamente, o ciclo hidrológico, renovação da água na natureza, é o processo em que as águas superficiais, submetidas à ação do calor solar, dos ventos e das superfícies de contato com a atmosfera, se evaporam formando nuvens, o mesmo ocorrendo com parte da água contida no solo e nos vegetais. O vapor de água contido nas nuvens, uma vez saturado e em contato com massas mais frias de ar, se condensa, provocando a precipitação atmosférica, sob a forma de chuva, nevoeiro, orvalho, nevada, geada e granizo. Ocorrida a precipitação sob a forma de chuva, parte da água se infiltra no solo, formando um primeiro lençol, mais raso, denominado lençol freático, e as acumulações subterrâneas propriamente ditas, em camadas mais profundas (aquíferos). As precipitações sob a forma de nevada formam as geleiras que, aquecidas pelo calor solar, se liquefazem, alimentando regatos, lagos, rios e mares. Todas as águas acumuladas na Terra retornam à atmosfera, fechando assim o gigantesco percurso conhecido como ciclo hidrológico.

1.3 A importância da água

A água, líquido composto por hidrogênio e oxigênio, sem cor, cheiro ou sabor, transparente em seu estado de pureza, é um elemento natural imprescindível à vida no planeta. Além do mais, trata-se de um recurso multifuncional, servindo ao abastecimento humano, à agropecuária, à geração de energia, ao transporte e à recreação.

O organismo humano pode privar-se de alimento por alguns dias. Privado de água, porém, poderá sucumbir dentro de horas. Somente faltando-lhe o ar a morte poderá sobrevir mais depressa. A quantidade de água de que o organismo necessita diariamente para sua subsistência é relativamente pequena, se comparada com o peso do corpo: cerca de 2,5 litros por dia, para uma pessoa em atividade moderada, em clima temperado⁸⁴.

Nos vegetais, a água é constituinte vital das células e fundamental para o crescimento dos tecidos. De todos os recursos de que a planta necessita para o seu desenvolvimento, a água é o fator mais importante.

⁸⁴ JOHNSON, Edward E. *Águas subterrâneas e poços tubulares*. 3. ed. São Paulo: CETESB, 1978, p. 1.

O ciclo da água na natureza é contínuo e sua quantidade é invariavelmente a mesma; o que muda de região para região é a intensidade dos processos físicos que governam o seu ciclo natural. Assim, a água que se encontra na superfície do solo passa à atmosfera por meio da evaporação. Ao se elevar na atmosfera, o vapor de água encontra temperaturas sensivelmente mais baixas, perde calor e se condensa, retornando à superfície do solo na forma de gotas de chuva. Uma parte da água precipitada sobre a superfície terrestre é aproveitada pelos animais e vegetais; outra parte infiltra-se no solo, onde é armazenada ou perdida por percolação profunda, formando as águas subterrâneas. Posteriormente, essa água retorna à atmosfera, principalmente através da evaporação e transpiração das espécies vegetais⁸⁵.

A humanidade, aos poucos, está tomando consciência da importância dessa vital riqueza, que vai sucumbindo na mesma proporção em que o planeta é maltratado em virtude da poluição resultante de processos desestruturados de urbanização, industrialização e atividades agrícolas.

A noção de que a Terra tem a maior parte de sua superfície coberta por água fez com que se pensasse que se tratava de um bem inesgotável, inclusive, “a Terra chegou a ser alcunhada de Planeta Água”⁸⁶, no entanto, o conhecimento da verdadeira dimensão de seu volume é relativamente recente. Apesar de abundante, uma parcela muito pequena dessa água, cerca de 2,5%, é doce, e bem menos de 1% está acessível para o consumo humano nos rios, nos lagos e no subsolo.⁸⁷

Um estudo elaborado pelo geólogo Igor Shiklomanov, divulgado pelas Nações Unidas, concluiu que, do total de água doce existente no planeta, 69,9% estão sob forma sólida nas calotas polares e geleiras, 29,9% são águas

⁸⁵ ROSA, Genésio Mario da; PETRY, Mirta Terezinha & CARLESSO, Reimar. *Disponibilidade, eficiência e racionalidade na utilização de recursos hídricos*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000, p. 104.

⁸⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 410.

⁸⁷ Conforme CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. *Fonte de água pura*. Disponível em <<http://socioambiental.org/parabolicas/index.html>>. Acesso em 22 jan. 2008.

subterrâneas, 0,3% localiza-se em rios e lagos e 0,9% localiza-se em outros reservatórios⁸⁸.

A maior parte da água doce da Terra é armazenada logo abaixo da superfície (lençóis freáticos móveis) ou mais profundamente (aquíferos) e é 60 vezes maior em volume que a água existente na superfície.⁸⁹

Considerando a demanda crescente de água para os múltiplos usos a que se destina, é imperativo que a sociedade se preocupe em usá-la eficientemente. A água é um recurso limitado, por consequência, é necessária sua preservação e o controle de seu uso.

Sobre o uso eficiente da água, é importante ressaltar a declaração exarada na Conferência das Nações Unidas sobre a Água, realizada em Mar Del Plata, Uruguai, em 1977. A conferência tratou em detalhes dos usos principais da água, mas deu ênfase ao abastecimento, à disposição de rejeitos e aos usos na agricultura, tendo sido proposto que os governos nacionais fornecessem a todas as pessoas água de qualidade segura, em quantidade adequada e saneamento básico⁹⁰.

Ainda sobre a importância da água, a Declaração de Dublin, Irlanda, em janeiro de 1992, exarou que a água é um recurso esgotável e vulnerável, essencial à vida, desenvolvimento e meio ambiente, pois é peça fundamental no processo de desenvolvimento. “Disso se infere que a gestão dos recursos hídricos deve ser efetuada levando-se em conta o aspecto social, ambiental e econômico como prioridades governamentais, incluindo-se aí o desenvolvimento sustentável”⁹¹.

Atualmente cerca de um quinto da humanidade – mais de um bilhão de pessoas – não dispõe de água potável, e quase o dobro disso não tem acesso a saneamento básico. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS),

⁸⁸ TUNDISI, Jose Galizia. *Limnologia e gerenciamento integrado de recursos hídricos: avanços conceituais e metodológicos*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000, p. 10.

⁸⁹ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. São Paulo: M. Books, 2003, p.7.

⁹⁰ GRANZIERA, Maria Luiza M. *Direito de águas e meio ambiente*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 22.

⁹¹ GRANZIERA, 1993, p. 23.

ocorrem anualmente 5 milhões de mortes por falta de higiene ou má qualidade da água⁹². E, de acordo com relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), 90% da água utilizada nos países em desenvolvimento é devolvida à natureza sem tratamento⁹³.

A grosso modo, prepondera quanto ao uso a distribuição desigual da água - 70% é destinada à agricultura, 20% para a indústria e apenas 10% para consumo humano. Há desigualdade, também, quanto a sua apropriação - enquanto, em média, um cidadão norte-americano consome 500 litros de água/dia, um africano da região saariana dispõe de apenas 10 a 20 litros de água/dia para uso doméstico. Trata-se, portanto, de uma injusta e desumana distribuição da água.

O Brasil é um país privilegiado em recursos hídricos continentais e superficiais e, além disso, possui um grande potencial de águas subterrâneas. Cerca de 16% das águas doces no planeta estão localizados no território brasileiro⁹⁴. No entanto, o país apresenta duas anomalias: regiões altamente carentes de água como o semiárido, em que vive população numerosa; e núcleos populacionais com problemas crescentes de abastecimento apesar de estarem junto a importantes corpos d'água.

1.4 Água potável: bem ambiental de uso comum do povo

Terminológica ou semanticamente, a palavra 'bem' apresenta variados significados. 'Bem' pode ser conceituado como tudo quanto seja capaz de proporcionar ao homem uma satisfação, ou representa aquilo que pode ter certa serventia ou proveito e, ainda, na acepção patrimonial, aproxima-se do conceito de coisa suscetível de valoração.

⁹² Nesse sentido, a Agência France Press veiculou, no dia 19 de março de 2008, as trágicas notícias de que a escassez de água já afeta mais de um bilhão de seres humanos no planeta e de que um terço da humanidade (2,4 bilhões) vive sem acesso à água de qualidade e, em função disso, a cada dia, 25.000 pessoas morrem, sobretudo crianças.

⁹³ GRAF, Ana Claudia Bento. *A tutela dos estados sobre as águas*. in FREITAS, Vladimir Passos de.(Org.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 52.

⁹⁴ Percentual citado por TUNDISI, Jose Galizia. *Limnologia e gerenciamento integrado de recursos hídricos: avanços conceituais e metodológicos*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000, p. 14.

Bem e coisa não se confundem. Entre juristas há quem defenda que o primeiro é gênero e o segundo é espécie⁹⁵. Nesse sentido a noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto que a coisa restringe-se às utilidades patrimoniais. Para outros autores⁹⁶, bem é espécie do gênero coisa. Essa corrente teórica defende que somente as coisas que possuem algum valor é que podem ser chamadas de 'bens'.

Para Ferrajoli⁹⁷, os 'bens' são classificados como uma subclasse das coisas; ao adotar um conceito amplo, define como 'bem' aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica. Portanto, são bens não somente as coisas que são o objeto de direitos patrimoniais, mas também os bens imateriais, isto é, não corpóreos nem concretamente tangíveis, como as obras do talento, invenções, criações intelectuais. São também bens todos aqueles que não são o objeto de direitos patrimoniais, dos chamados 'bens comuns', correspondentes aos que os romanos chamavam de *res communes omnium*, como o ar, o solo oceânico e a biodiversidade, por fim, são ainda bens aqueles que são o objeto não já de direitos, mas de proibições, denominados bens ilícitos, como as substâncias psicotrópicas.

São 'coisas' todos aqueles objetos observáveis e tangíveis que possuem um valor de uso e são por isso utilizáveis pelos seres humanos. Não são coisas os corpos físicos inacessíveis, dos quais é impossível o uso, como um terreno situado na lua, ou as estrelas; por outro lado, são coisas os objetos úteis acessíveis e disponíveis, além dos bens materiais, como o ar, a energia solar, os animais, os peixes do mar, enfim, aqueles bens que os romanos denominavam de '*res nullius*'.

Independentemente da polêmica acerca da diferenciação entre bens e coisas, pela minha opinião, o importante é que o direito alberga a noção de

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª edição, Forense, 2004.

⁹⁶ Pensam assim, dentre vários doutrinadores: Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 21 ed.. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994) e LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Per una carta dei Beni fondamentali*. In MAZZARESE, Tecla; PAROLARI, Paola. *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p.65-98. Texto disponível na íntegra em <http://www.lasinistrazona.it/index.php?option=com_content&task=view&id=825&Itemid=1>. Acesso em 02 mar. 2012.

'bem', como coisa dotada de valor econômico ou moral, passível de constituir-se em objeto de uma relação jurídica.

Assim, os bens ambientais juridicamente considerados podem ser tanto os bens materiais ou corpóreos (água, rios, florestas) como os bens imateriais ou incorpóreos (ambiente de trabalho, ambiente de convivência, paisagem e outros bens do ambiente cultural, etc.). Os bens ambientais corpóreos podem ser classificados em imóveis e móveis, levando-se em conta a sua própria natureza, as suas qualidades físicas, como mobilidade ou imobilidade e, em alguns casos, a ficção legal, eis que a lei pode considerar um bem como imóvel, ainda que, fisicamente, ele seja móvel (como exemplo: as águas de nascente em Portugal).

No direito brasileiro os bens ambientais tradicionalmente receberam tratamento do regime de direito público, basta ver o tratamento dado aos diversos bens ambientais nas legislações específicas de tutela ou gestão de tais bens. Nesse sentido, podemos citar os Códigos Florestais de 1934 (Decreto nº 23.793/1934), de 1965 (Lei nº 4.771/1965) e de 2012 (Lei nº 12.651/2012); as legislações de proteção aos animais (Decreto Lei nº 24.645/1934 e Lei nº 5.197/1967); a tutela dos recursos hídricos (Lei nº 9.433/1997)⁹⁸.

Na opinião da francesa Véronique Inserguet-Brisset⁹⁹ a propriedade pública sobre os bens ambientais deve ser repensada, vez que os bens ambientais não podem ter um controle exclusivo, seja ele público ou privado, pois o verdadeiro titular do patrimônio ambiental é a própria comunidade, é necessário organizar o uso comum antes que o bem se esgote. Para a autora, a solidariedade necessária à proteção do meio ambiente se impõe em diversos níveis: tanto no plano internacional quanto no plano nacional é preciso reconhecer que há uma defasagem entre o ordenamento jurídico tradicional e a necessária proteção dos bens ambientais.

⁹⁸ Todas as normas podem ser acessadas em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 jul. 2014.

⁹⁹ INSERGUET-BRISSET, Véronique . "Une Nouvelle Notion de Propriété Publique Environnementale". in : Propriété Publique et Environnement . Paris : LGDJ, 1994, p. 249 e seguintes.

Quanto a definição de bem ambiental, são poucos os autores que tentam produzir um conceito com validade universal, sendo que para conceituar bem ambiental é necessário considerar o sistema jurídico adotado pelo Estado e as classificações quanto ao domínio e quanto a propriedade sobre tais bens¹⁰⁰. Nesse sentido, Maria Luíza Machado Granziera¹⁰¹, para responder a pergunta: “o que são afinal os bens ambientais?”, menciona a definição constitucional prevista no artigo 225 da Constituição Brasileira que qualifica o meio ambiente como ‘bem de uso comum do povo’, alertando que o macrobem ‘meio ambiente’ é de uso comum do povo, portanto, a fruição, gozo ou proveito desse macrobem deve ser garantido a todos, no entanto, os microbens (componentes do macrobem) possuem regimes de domínio que variam entre o público e o particular. Portanto, há bens ambientais que são bens de domínio público (como as águas) e outros que são de domínio privado, como as florestas localizadas em propriedade privada, considerando em todas as situações a função socioambiental da propriedade.

José Afonso da Silva¹⁰² entende que os bens ambientais não são nem bens públicos e nem bens privados, utilizando o termo bens de interesse público, admitindo, ainda, a natureza transindividual de tais bens. No mesmo sentido é a posição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁰³ que tem o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados. No entanto, essa posição doutrinária é minoritária, sendo que prepondera a defesa

¹⁰⁰ Quanto ao titular do domínio, tradicionalmente no Brasil e em Portugal, os bens foram classificados como sendo de particulares (privados) ou públicos. O direito brasileiro até o advento da Constituição de 1988, filiando-se ao direito lusitano, também exprimiu a ideia de bens públicos, em contraste com a ideia de bens privados. Essa classificação se distinguia da adotada pelos romanos que, em correspondência com a classificação geral das coisas, utilizaram uma classificação tripartida dos bens, agrupando-as em três grandes categorias: comuns, públicos e particulares, sendo que os bens comuns eram aqueles reputados insusceptíveis de apropriação por parte do Estado ou dos particulares, não tinham dono (*res communis*), mas, sendo essenciais à vida humana, todos podiam usar livremente.

¹⁰¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10-11.

¹⁰² SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56.

¹⁰³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

de ser o bem ambiental, quando de domínio público, espécie do gênero bem público de uso comum do povo¹⁰⁴.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁵ os bens públicos de uso comum apresentam algumas características básicas que podemos observar nos bens ambientais públicos de uso comum, como: a) são, em geral, gratuitos, mas podem ser remunerados, sem que isso desnature o uso comum; b) são disponíveis a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado; c) estão sujeitos ao poder de polícia do Estado, que compreende a regulamentação do uso, a fiscalização e aplicação de medidas coercitivas, tudo com o duplo objetivo de conservação da coisa pública e de proteção do usuário.

Assim, considerando que estamos inseridos numa “sociedade de risco”¹⁰⁶, com as características apontadas por Ulrich Beck, é necessário pensarmos em um novo tratamento jurídico aos bens ambientais, notadamente uma qualificação jurídica de bens que têm como destinatários não só a coletividade da presente geração como a da futura. Assim, os bens ambientais não devem integrar, por via de consequência, o patrimônio do Estado; portanto, o Estado não deve atuar como proprietário desses bens, mas diversamente, como simples administrador de um ‘patrimônio’ que pertence à coletividade no presente, e que deve ser transferido às demais gerações do futuro¹⁰⁷.

Para fins de compreensão clara desse tema, é mister que a definição de bens ambientais também seja alargada, no sentido de que compreenda não só os bens naturais (exemplificativamente: água, ar, solo, fauna e flora) mas

¹⁰⁴ No Código Civil brasileiro de 2002 (art. 99), os bens públicos são divididos em três categorias: I- os *bens de uso comum do povo*, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II- os *bens de uso especial*, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III- os *bens dominicais*, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 10-11.

¹⁰⁶ BECK, Ulrich. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

¹⁰⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.) *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

também os chamados bens artificiais¹⁰⁸ ou humanos como: patrimônio histórico e cultural, ambiente urbano, habitat, etc.)¹⁰⁹.

Nesse sentido, bem ambiental é microbem integrante do macrobem ‘meio ambiente’, passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas ambientais, bem juridicamente protegido que visa a assegurar um interesse individual ou transindividual e, ainda, transgeracional, de que sejam titulares todos e cada um (do presente e do futuro).

Portanto, essa definição de bem ambiental é importante que esteja presente de forma permanente em toda a extensão do presente trabalho, eis que a água potável se reveste de fundamental importância por ser um bem ambiental por excelência, ameaçado de escassez ou já escasso em vários lugares do planeta. O bem ambiental água potável é por vezes objeto de relações jurídicas, utilizado para assegurar interesses individuais (no direito de acesso) e em outras é objeto que assegura um interesse transindividual (o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado).

Assim, a água potável é qualificada no ordenamento jurídico brasileiro como um bem ambiental de domínio público, conforme a previsão da Lei nº 9.433/1997, instituidora da Política Nacional de Recursos Hídricos, que no seu artigo 1º, inciso I, assim define: “A água é um bem de domínio público”. Esse inciso I do artigo 1º é um dos fundamentos da Política Nacional para as águas, portanto, um princípio que não é absoluto e assim como todos os princípios jurídicos deve ser observado na maior medida possível. A reafirmação de que o microbem ambiental água deve ser tratado como de domínio público está na estipulação de que o uso dos recursos hídricos deve ocorrer mediante autorização ou outorga do poder público, tudo conforme previsão dos artigos 11 ao 18 da Lei nº 9.433/1997, que no artigo 18 assim dispõe: “a outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso”.

¹⁰⁸ Perez Luño classifica: meio ambiente natural ou aberto – integrado pela biosfera – e meio ambiente fechado – construído pelo homem desde as origens da civilização para proteger-se, para trabalhar ou divertir-se. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 484.

¹⁰⁹ A constituição consagra uma visão unitária de ambiente. CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa – anotada*. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

Antes mesmo da Lei das águas (Lei nº 9.433/1997) definir a dominialidade pública do bem ambiental água, a Constituição Brasileira já previa no art. 21, XIX, a competência da União para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso”, além da previsão da partilha do domínio sobre as águas entre União (artigo 20, III)¹¹⁰ e Estados (artigo 26, I)¹¹¹. É com razão que Paulo Affonso Leme Machado afirma que “o domínio público da água, afirmado na lei 9.433/1997, não transforma o poder Público Federal e Estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos”¹¹².

O bem ambiental água potável por todas essas definições e, ainda, pela previsão do artigo 225, da Constituição Brasileira, é também um bem de uso comum do povo. A água é um dos elementos do meio ambiente, um dos microbens que integram o macrobem ‘ambiente’. Assim, o enunciado no artigo 225 da Constituição Brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (...)” se aplica ao bem ambiental água potável. Como vimos, nem todos os bens ambientais pertencem ao domínio público e por isso nem todos os bens ambientais são de uso comum do povo, no entanto, tratando-se da água é possível afirmar que esse bem ambiental pode ser incluído entre os denominados bens de uso comum do povo.

Algumas consequências da conceituação da água como bem de uso comum do povo são apontadas por Paulo Affonso Leme Machado: a) o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa, física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; b) o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; c) o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado; d) a concessão ou autorização (ou

¹¹⁰ Art. 20. São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

¹¹¹ Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I- as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obra da União;

¹¹² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público¹¹³.

Penso que a consequência principal da caracterização da água como bem de uso comum do povo é a garantia de que o acesso à água potável deve ser um direito protegido pelo Estado para que todos possam exercer esse direito, acessando água de qualidade e em quantidade adequada. É nesse sentido que o artigo 11 da Lei 9.433/1997 (Lei das águas) dispõe: “O regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”¹¹⁴.

Outro dispositivo da Lei das águas que está relacionado com a classificação como bem de uso comum é a definição do uso prioritário das águas. O artigo 1º, inciso III da Lei 9.433/1997¹¹⁵ menciona que em situação de escassez o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais. Portanto, ocorrendo escassez cabe ao órgão público responsável pela outorga dos direitos de uso da água suspender, no mínimo parcialmente, as autorizações que prejudiquem o consumo humano, tudo conforme previsão do artigo 15, inciso V, da Lei 9.433/1997¹¹⁶. Dessa forma, fica claro como é importante reconhecer a água como bem de domínio público e de uso comum do povo.

Por fim, a água potável, pela importância que tem e por ser um bem ambiental, ‘bem’ que deve ser protegido pelo direito para assegurar os interesses e carências das atuais e futuras gerações, entendo que deve ser tratada como um bem de uso comum de todos (frise-se das gerações do hoje e

¹¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

¹¹⁴ BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 11 Jul. 2014.

¹¹⁵ Lei 9.433/1997. Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: (...) III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

¹¹⁶ Lei 9.433/1997. Art. 15: “A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensão parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: (...) V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;

do amanhã), portanto, um bem ambiental passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas, inclusive do direito subjetivo de acesso à água. Ademais, por ser um bem amparado pelo princípio do domínio público deve, na maior medida possível, ser de uso comum do povo, portanto deve ser evitada a simples apropriação por particulares. No próximo tópico se analisam, de forma sucinta, aspectos relacionados a apropriação dos recursos hídricos e ao direito de propriedade sobre as águas.

1.5 O direito de propriedade sobre a água potável

No ordenamento jurídico brasileiro, até recentemente, a caracterização da propriedade dos recursos hídricos continha elementos conceituais herdados da experiência jurídica portuguesa, por consequência, do direito feudal¹¹⁷ e do direito romano¹¹⁸. Após a Constituição brasileira de 1988, deixa de existir a categoria das águas particulares ou privadas, provocando verdadeira revolução no campo jurídico, principalmente, em relação aos civilistas.

Preponderou, até recentemente, o entendimento clássico de que as águas integram-se ao próprio solo com o qual constituem um todo; e, se fazem parte de um prédio porque nele nascem e correm ou nele apenas correm, reputadas, como eram no direito romano, uma acessão do solo e, por isso, uma parte componente dos mesmos prédios.

No entanto, o direito positivo em vigor¹¹⁹ não faz menção à classificação mobiliária ou imobiliária das águas. O Código Civil de 2002¹²⁰, no

¹¹⁷ Para Fernando Andrade Pires de Lima o regime jurídico das águas em Portugal desde o princípio da nacionalidade até o Alvará de 1804, é marcado pela influência significativa do feudalismo. In LIMA, Fernando Andrade Pires de. Lições de direito civil : da propriedade das águas. Coimbra: Casa do Castelo, 1939.

¹¹⁸ Para Mário Tavarela Lobo os países que tiveram a sua legislação influenciada pelo código Napoleônico ou preservaram na legislação marcas significativas da administração romana, mantêm na legislação da água um vínculo evidente ao direito romano. É o caso de Portugal, Espanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e muitos outros países europeus, assim como de vários países noutros continentes, devido aos processos de colonização. In LOBO, Mário Tavarela. Manual do direito das águas. Vol 1. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.22.

¹¹⁹ O Código de Águas (*Decreto nº 24.643/34*), a Lei da política nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

¹²⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

seu artigo 82, define bens móveis como sendo “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”¹²¹. Portanto, tratando-se de águas potáveis, é possível caracterizá-las como bens móveis. A tese da mobilidade das águas deve se fundamentar na ideia de que as águas em qualquer das formas que se apresentem na natureza, desde que passíveis de potabilidade, não devem ser consideradas legalmente como imóveis, tampouco como partes integrantes dos prédios privados ou públicos, por sua natureza de coisa removível mediante ação do homem para atender sua destinação vital e a constante deslocação a que as águas estão sujeitas pela sua própria natureza¹²².

A tese da caracterização das águas como bens móveis é reforçada com as alterações legislativas¹²³ verificadas após a Constituição brasileira de 1988, quando as águas deixam de ser classificadas como particulares ou privadas, passando à dominialidade pública e conceituadas como bem ambiental.

Essas alterações representam significativas mudanças no direito brasileiro. Anteriormente o Código de Águas, instituído através do Decreto 24.643 em 1934, classificou e definiu as águas em: águas públicas de uso comum ou dominicais¹²⁴, águas comuns e águas particulares. Fez a partilha das águas públicas entre a União, Estados e Municípios (art. 29¹²⁵).

¹²¹ Por outro lado, há os que definem as águas como bens imóveis, pela interpretação que fazem do Código Civil de 2002, art. 79. “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural e artificialmente” (BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

¹²² Essa tese foi defendida em relação a todas as águas por ABREU, António José Teixeira de, *Das águas*. Coimbra : França & Arménio, 1917, P.8. Além disso, o Código Civil do Chile prescreve que as águas são móveis, mas quando destinadas ao uso ou cultivo de um imóvel considera-as imóveis. in LOBO, Mário Tavarela. *Manual do direito das águas*. Vol 1 e 2. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.14.

¹²³ BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

¹²⁴ No Brasil utiliza-se nas legislações a expressão “dominical”, enquanto que alguns autores denominam de “dominiais”.

¹²⁵ Art. 29. As águas públicas de uso comum, bem como o seu álveo, pertencem: I – A União: a) quando marítimas; b) quando situadas no Território do Acre, ou em qualquer outro território

A propriedade sobre as águas, de acordo com esse código, era distribuída entre a União, os Estados, os Municípios e os particulares. Dos Municípios eram as águas que estivessem situadas, exclusivamente, em seus territórios, respeitadas as restrições que pudessem ser impostas pela legislação dos Estados. A propriedade dos particulares incidia sobre as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que lhes pertencessem, desde que elas não estivessem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns (art. 8º¹²⁶). As demais águas couberam à União e aos Estados, conforme discriminação legal. O regime de águas estabelecido pelo código foi homologado pelas Constituições de 1934 e 1937.

Nas Constituições de 1946 e 1967 ocorreu uma ampliação do domínio estatal sobre as águas. O instituto da propriedade sobre as águas foi sendo esvaziado, após a Constituição de 1946, até a extinção da propriedade particular pela Constituição de 1988. O domínio dos Estados sobre as águas foi ampliado pelo artigo 35 da Constituição de 1946¹²⁷ que incluiu entre os bens estaduais “os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascentes e foz no território estadual”. A transferência do domínio para os Estados foi ampliada nas definições constitucionais posteriores.

que a União venha a adquirir, enquanto o mesmo não se constituir em Estado, ou for incorporado a algum Estado; c) quando servem de limites da República com as nações vizinhas ou se estendam a território estrangeiro; d) quando situadas na zona de 100 quilômetros contigua aos limites da República com estas nações; e) quando sirvam de limites entre dois ou mais Estados; f) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Estados. II – Aos Estados: a) quando sirvam de limites a dois ou mais Municípios; b) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Municípios. III – Aos Municípios: a) quando, exclusivamente, situados em seus territórios, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados. § 1º Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sobre quaisquer correntes, pela servidão que a União se confere, para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação; § 2º Fica, ainda, limitado o domínio dos Estados e Municípios pela competência que se confere a União para legislar, de acordo com os Estados, em socorro das zonas periodicamente assoladas pelas secas (BRASIL. *Decreto 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008).

¹²⁶ Art. 8º São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns (BRASIL. *Decreto 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008).

¹²⁷ CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946. “Art 35 - incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual. In BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 31 jul. 2014.

Na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 o regime dominial foi alterado com nova ampliação do domínio estadual em detrimento da propriedade dos particulares e dos Municípios¹²⁸. Portanto, as alterações constitucionais em relação ao que previa o Código de Águas determinaram ser do domínio dos Estados todas as águas com nascente ou foz em território estadual, não recepcionando a classificação de águas particulares ou municipais.

Alteração significativa com relação à propriedade sobre as águas se introduziu no ordenamento jurídico nacional com o advento da Constituição Federal de 1988. Estabeleceu-se que são bens da União, entre outros, “os lagos, rios e quaisquer correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham” e os “potenciais de energia hidráulica” (art. 20, III e VIII), e que se incluem entre os bens dos Estados “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” (art. 26, I).

Os rios, para pertencer aos Estados-Membros, devem ter nascente e foz dentro de seu próprio território e, ainda, os que não estejam em terrenos do domínio da União, que não banhem mais de um Estado, não sirvam de limites com outros países, não se estendam a território estrangeiro, nem deste provenham. É de salientar, ainda, que os “rios que tenham nascente e foz nos limites geográficos de Estados, ainda que desaguem no oceano, se incluem entre os bens de domínio do Estado. Por conseguinte, tem-se que hoje a dominialidade das águas está diluída apenas entre a União e os Estados-Membros. Assim, excluídas as águas de domínio da União, conforme acima já mencionado, as demais são do domínio dos Estados.

¹²⁸ CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967. “Art 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”. *In* BRASIL. *Constituição Brasileira de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 37 jul. 2014.

Tem-se então que, com o novo disciplinamento dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela mencionada Lei 9.433/97, o Código das Águas (Decreto 24.643, de 10.07.34) ficou superado, por incompatibilidade, em vários aspectos, mas sobretudo na parte que conceituava e classificava as águas em águas públicas, águas comuns e águas particulares. Pela nova ordem constitucional, as águas serão sempre públicas e isso vem ratificado, expressamente, no art. 1º, inc. I, da Lei 9.433/97¹²⁹, ao preceituar que a água é um bem de domínio público. Já não há, portanto, águas particulares.

Esse processo de dominialidade pública das águas, que Eduardo Coral Viegas denominou de “publicização da propriedade da água”¹³⁰, com a completa transferência da sua propriedade para o patrimônio público, enquadrando a água na classificação dos bens públicos, faz com que prepondere o entendimento de que foi tacitamente revogado o Código de Águas na parte que admite a existência das águas particulares. No entanto, a doutrina não é unânime nesse sentido. Há posições divergentes como a da jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³¹ que, com fundamento no Código de Águas, ainda admite a existência de águas particulares no ordenamento jurídico brasileiro.

Tem maior aceitação na doutrina brasileira a interpretação inovadora que se faz à luz do artigo 225 da Constituição Federal com relação à declaração do art. 1º, inciso I, da Lei 9.433/97¹³², que diz: “a água é um bem de domínio público”, no sentido de que esse dispositivo tem a seguinte implicação: a água é um dos elementos do meio ambiente. Isso faz com que se aplique à água o enunciado no caput do art. 225 da CF, que dispõe: “Todos têm direito

¹²⁹ Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I - a água é um bem de domínio público; (...) (BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

¹³⁰ VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Ed. livraria do Advogado, 2005, p. 73 e seguintes.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹³² BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo...”¹³³.

Ainda, salienta-se que uma das consequências da conceituação da água como bem de uso comum do povo é que: “o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial”. Por fim, assevera-se que o “Poder Público não pode agir como um ‘testa-de-ferro’ de interesses de grupos para excluir a maioria dos usuários do acesso qualitativo e quantitativo às águas. Seria um aberrante contrassenso à dominialidade pública”¹³⁴.

A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos¹³⁵. O art. 18 da lei 9.433/97 reforça tal posição ao dizer: “a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”. No mesmo sentido, entende-se que o Governo Federal e os Governos Estaduais não podem se tornar comerciantes de águas, porque “a Lei 9.433/97 introduz o direito de cobrar pelo uso das águas, mas não instaura o direito de venda das águas”¹³⁶. Portanto, esse posicionamento expressa consonância com as ideias defendidas por Ricardo Petrella¹³⁷ de que a água é um bem comum global e não uma mercadoria e, ainda, que ao Estado cabe apenas protegê-la.

Segundo o professor italiano Ricardo Petrella, fundador do Comitê Internacional para o Contrato Global da Água¹³⁸, “os Estados têm que garantir, em cada país, que a água é um bem comum. Se a legislação nacional

¹³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 412.

¹³⁴ MACHADO, 2001, p. 413.

¹³⁵ MACHADO, 2001, p. 414.

¹³⁶ MACHADO, 2001, p. 414.

¹³⁷ PETRELLA, Ricardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

¹³⁸ Comitê fundado em 1998, na Expo Lisboa, com representantes de diversos países, presidido pelo ex-presidente de Portugal Mário Soares.

determinar que a água é um bem comum, que pertence a todos, a água do Brasil, do Canadá, da França, não será vendida”¹³⁹.

Assim, a água potável ao ser tratada como um bem ambiental de uso comum, não poderá ser tratada como uma simples mercadoria apropriável por particulares, comercializada como um mero produto do mercado.

No entanto, essa manifestação de que é inaceitável considerar a água potável como um mero produto do mercado e, ainda, de que por ser um bem ambiental, não é passível de apropriação por particulares, é um posicionamento que encontra uma série de objeções de ordem legal e ideológica.

A principal objeção diz respeito à possibilidade legal de apropriação privada dos recursos hídricos, adotada por diversos Estados, como Portugal¹⁴⁰. A adoção de legislação nesse sentido está concatenada com o processo de apropriação efetuado pelo moderno estado liberal sobre os espaços comuns. Esses espaços comuns consistem em bens ou espaços de uso comum historicamente não apropriáveis.

O processo de apropriação nacional dos espaços comuns como solução liberal, referida por José Manuel Pureza¹⁴¹, fica claramente demonstrado quando se verifica a expansão da soberania territorial no mar, ocorrida a partir de um determinado tempo, com a progressiva penetração soberana no vasto espaço regido pelo princípio da liberdade dos mares.

No último século, a prática geral dos Estados relativamente aos espaços comuns e seus recursos foi o alargamento da soberania, numa concretização perfeita do modelo de direito de propriedade individualizado como alternativa ao estatuto comunal até então vigente nesses espaços.

¹³⁹ REVISTA VITALE. Porto Alegre: Companhia Riograndense de Saneamento, ano 1, n.1, nov. 2001, p. 27.

¹⁴⁰ Lei nº 54/2005. Art. 18º - Águas patrimoniais e águas particulares. 1. Todos os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público podem ser objeto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil,(...).

¹⁴¹ PUREZA, Jose Manuel. *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?* Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995.

Um Estado liberal por excelência, EUA, foi o autor em 1806 da primeira proposta de que se tem conhecimento de alargamento do mar territorial para considerar o estado costeiro como sujeito de direitos sobre a plataforma continental.¹⁴²

Esse exemplo de que o mar e seus recursos se tornaram bens apropriáveis pelos estados costeiros, em espaços cada vez mais distantes da costa, enfatiza a dimensão econômica desse processo de apropriação, por ser o mar um reservatório de riquezas, visto num contexto de esgotabilidade. Não muito diferente, a incorporação do espaço aéreo, exceto o chamado espaço exterior¹⁴³, no domínio territorial dos Estados, aponta para o fortalecimento da tese de que há uma apropriação dos espaços comuns, ou seja, dos bens historicamente considerados comuns.

Relativamente às águas, a apropriação dos espaços comuns pelos Estados ocorreu em relação àquelas águas que, na classificação romana eram denominadas de 'águas comuns', como exemplo, as águas correntes que eram utilizadas para gastos domésticos. Com o passar do tempo (após o feudalismo), essas águas, quando estavam localizadas em propriedades privadas, passaram a ser consideradas propriedades particulares, preponderando a ideia de que as águas se integram ao próprio solo com o qual constituem um todo; e, se fazem parte de um prédio porque nele nascem e correm ou nele apenas correm, são reputadas, como já o eram no direito romano, uma acessão do solo e, por isso, uma parte componente dos mesmos prédios.

Quanto à apropriação privada dos recursos hídricos, como ficou demonstrado, desde o Direito Romano as variações na classificação da natureza jurídica das águas foram as mais diversas, no entanto, a apropriação por particulares das águas, como bens móveis, não encontra resistência, inclusive nos dias de hoje. Convém lembrar que é pacífica a doutrina no

¹⁴² PUREZA, Jose Manuel. *O património comum da humanidade : rumo a um direito internacional da solidariedade?* Coimbra : Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995, p. 290.

¹⁴³ Resolução 1721 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1961 "o espaço exterior e os corpos celestes podem ser livremente explorados e aproveitados por todos os Estados, de acordo com o Direito Internacional e não são susceptíveis de apropriação nacional".

sentido de classificar como móveis as frações de água retiradas de um reservatório ou correntes individualizadas da massa fluente por qualquer modo (tanque, vaso, garrafa, etc.). Tais frações ou parcelas se autonomizam do regime daquelas aglomerações de água, ficando sujeitas à disciplina jurídica das coisas móveis. Assim, ocorre com as águas engarrafadas (mineral ou não), com as águas utilizadas como insumo agrícola, pecuário e industrial.

Outra objeção de ordem legal à tese da não apropriação é a que se verifica nos países, como Uruguai, Itália, África do Sul e Brasil, em que já se adotou a alteração da natureza jurídica da água para considerá-la bem público, no entanto, por força do sistema de produção, há uma série de normas que autorizam a utilização (mediante autorização, concessão, etc.) dos recursos hídricos.

Um bom exemplo de normas que autorizam o manuseio e, conseqüentemente, a apropriação das águas é a legislação que regula a indústria de engarrafamento de água mineral e de água potável. A água mineral e potável de mesa para consumo humano tem o regime de autorização de pesquisa e de concessão de lavra previsto no Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967)¹⁴⁴, bem como no Código de Águas Minerais (Decreto-Lei nº 7.841, de 8 de agosto de 1945)¹⁴⁵ e nos respectivos regulamentos e normas complementares.

Portanto, mesmo que tenhamos a dominialidade pública das águas como princípio, não há como desconhecer a possibilidade de apropriação das águas que são utilizadas na indústria de engarrafamento de água mineral ou para consumo humano. Nesse sentido se mantém atual o exemplo utilizado por John Locke, no século XVII, para explicar o conceito de propriedade privada: “Embora a água que corre na fonte seja de todos, quem poderia duvidar que na bilha está somente a que pertence a quem recolheu? Pelo trabalho tirou-a das mãos da natureza onde era comum e pertencia igualmente a todos e, de tal

¹⁴⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 227*, de 28 de fevereiro de 1967, que dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm>. Acesso em 02 ago. 2014.

¹⁴⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.841*, de 8 de agosto de 1945, que institui o Código de Águas Minerais. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7841-8-agosto-1945-416551-norma-pe.html>>. Acesso em 02 ago. 2014

forma, dela se apropriou para si mesmo"¹⁴⁶. Assim, é a legislação que autoriza a apropriação de um bem comum que pertence a todos e que após a ação humana respaldada por uma norma que excepciona o princípio da dominialidade pública passa a ser propriedade de particulares.

As objeções práticas, na maioria das vezes sem o respaldo da legalidade, são aquelas em que o "mercado" (todo poderoso) não respeita as limitações de ordem legal que visam a proteger os interesses coletivos ou transindividuais, como o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Dois casos demonstram com clareza a ousadia dos interesses econômicos que agem de forma lesiva ao meio ambiente. O primeiro¹⁴⁷ teve início em 1996, quando a Nestlé comprou da empresa Perrier um Parque de Águas na cidade de São Lourenço, Minas Gerais, uma das mais ricas em águas minerais diversificadas do planeta. Após a construção de uma nova fábrica, passou a produzir a água com a marca "Pure Life". Ocorre que a água lá existente tem um alto teor de ferro, o que inviabiliza seu engarrafamento e comercialização e por isso a Nestlé retira todos os minerais, ou seja, a Nestlé comercializa a "Pure Life", não como água mineral, mas água comum adicionada de sais, no entanto, o consumidor, desatento à compra, muitas vezes pensa que a mesma é mineral por dois motivos: é que nas gôndolas dos supermercados essa água encontra-se misturada a outras marcas e tem o mesmo preço. O que chama atenção do presente caso é que em junho de 1999 essa empresa foi fiscalizada e foi verificado que a legislação existente não autorizava a continuidade de suas atividades da forma como estavam sendo realizadas, poucos dias após a visita da fiscalização foi emitida normatização específica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, substituindo a resolução anterior que impedia essa comercialização. Essa nova resolução foi publicada dia 19 de julho de 1999, enquadrando a "Pure Life" dentro dos novos padrões.

O segundo caso trata de um processo de apropriação de recursos hídricos subterrâneos, que está ocorrendo sem o controle das repartições públicas responsáveis, por não haver uma fiscalização estatal. Em pesquisa

¹⁴⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. 2 ed. São Paulo: Abril, 1978, p.46.

¹⁴⁷ Disponível em <<http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=13573>>. Acesso em 14 dez. 2009.

que realizei de 2004 a 2006¹⁴⁸, com apoio institucional da Unifra – Centro Universitário Franciscano, ficou demonstrada a inefetividade das normas que tutelam as águas subterrâneas no Rio Grande do Sul, no tocante ao controle da exploração dessas águas por meio de poços. A outorga para o uso das águas subterrâneas está regulamentada por legislação estadual que estipula a necessidade de todas as empresas perfuradoras de poços artesianos estarem cadastradas junto ao Departamento de Recursos Hídricos (DRH) e todos os poços para serem perfurados devem ter uma autorização (outorga) desse mesmo órgão. No entanto, os dados são impressionantes: Até o final de 2005, estavam cadastradas junto ao DRH apenas vinte e duas (22) empresas de perfuração de poços subterrâneos. Ao mesmo tempo, uma busca realizada junto à lista telefônica encontramos indicação de oitenta e uma (81) empresas perfuradoras de poços. No período pesquisado, a média mensal de autorização para perfurações de novos poços foi 62 poços/mês, enquanto que a média de perfurações por empresa é de 5 poços/mês, totalizando mensalmente a perfuração de aproximadamente 405 poços, portanto, a maioria dos poços artesianos são clandestinos, sem a fiscalização e o controle do Estado, acarretando problemas não só relacionados à apropriação de bens públicos como de ordem ambiental e de saúde pública.

Outra questão que está conexa com as objeções à ‘não apropriação’ dos recursos hídricos é a do “direito adquirido”. A mudança da natureza jurídica das águas por alteração legislativa ou constitucional, quando as águas consideradas particulares passam para o domínio público ou comum, tem provocado no Brasil uma polêmica doutrinária quanto à incidência do instituto jurídico do Direito Adquirido; já em Portugal, o assunto sempre foi tratado sem grandes divergências.

Em Portugal, a irretroatividade das leis no regime das águas e o respeito ao direito adquirido têm sido a tradição. As mais profundas reformas “nunca descuraram o candente problema dos direitos adquiridos. Cautelosamente sempre estabeleceram normas de direito transitório

¹⁴⁸ PES, João Hélio Ferreira, et. al.. *A ineficácia das normas jurídicas de proteção ao Aquífero Guarani*. In: SEPE 2006 - X Simpósio de ensino, pesquisa e extensão, 2006, Santa Maria. Anais do X Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão - SEPE 2006. Santa Maria - RS : Editora da UNIFRA, 2006.

destinadas a evitar os efeitos chocantes ou mesmo violentos que poderiam resultar da aplicação imediata de uma nova lei”¹⁴⁹.

Registram-se na história portuguesa três importantes momentos em que o ordenamento jurídico sofre profundas alterações que envolvem a natureza jurídica das águas: o Código Civil em 1867; a lei das águas em 1919 e; a Lei nº 54 que estabelece a titularidade dos recursos hídricos, em 2005. Essas leis, ao serem elaboradas, sempre incluíram normas adequadas a ressaltar situações jurídicas anteriores às mudanças.

Doutrinadores¹⁵⁰ portugueses sempre sustentaram, com sólidos fundamentos, que os direitos adquiridos sobre as águas deveriam se considerar permanentemente ressaltados, pelo princípio da não-retroatividade, mesmo que a lei nada dissesse, tornando-se indispensável ao intérprete o conhecimento do regime jurídico das águas e respectivos títulos de aquisição no direito anterior.

Na última reforma legislativa sobre o tema, lei nº 54/2005¹⁵¹, de 15 de novembro, o Artigo 15.º, trata do reconhecimento de propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicos, definindo que, para se “obter o reconhecimento da propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis”, é necessário que se “intente a correspondente acção judicial até 1 de Janeiro de 2014, devendo provar documentalmente que tais terrenos eram, por título legítimo, objecto de propriedade particular ou comum antes de 31 de Dezembro de 1864”.

No Brasil, a polêmica do direito adquirido foi suscitada com o advento da Lei nº 9.433, de 08.01.97, criada para regulamentar o inciso XIX do art. 21 da Constituição¹⁵², que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e

¹⁴⁹ LOBO, Mário Taveira. *Manual do direito das águas*. Vol 1 . 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.349.

¹⁵⁰ LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Lições de direito civil : da propriedade das águas*. Coimbra: Casa do Castelo, 1939 e LOBO, Mário Taveira. *Manual do direito das águas*. Vol. 1 e 2. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

¹⁵¹ PORTUGAL. *Lei nº 54/2005*. Estabele a titularidade dos Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2005/11/219A00/65206525.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2008.

¹⁵² Art. 21. Compete à União: (...);XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (BRASIL. *Constituição Brasileira de*

criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Essa lei, entre outras coisas, concebe a água (todas as águas) como recurso natural limitado, com valor econômico, sendo classificada como bem de domínio público (art. 1º, inc. I). Assim sendo, em face do novo tratamento conferido às águas pelo texto constitucional e pela referida Lei, as águas serão sempre públicas, afastada, portanto, a categoria de águas particulares. Mais precisamente, pela nova ordem posta, aos particulares somente se permite a outorga do direito de uso das águas (Lei 9.433/97, art. 18¹⁵³).

Importante questão se põe no que toca ao direito de propriedade sobre as águas incorporadas ao patrimônio particular antes do advento da nova Carta e da mencionada Lei n.º 9.433/97. Surge, assim, a dúvida sobre a possibilidade de invocar o princípio da irretroatividade, estabelecido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal¹⁵⁴, para proteger o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Na doutrina brasileira, os autores se dividem. Os que entendem não ser possível a retroatividade sustentam, em suma, a impossibilidade do despojamento de inúmeros particulares de seu patrimônio privado sem regular processo expropriatório, bem como não poderem os direitos adquiridos ser postergados, mesmo por dispositivo constitucional¹⁵⁵.

Contudo, o entendimento predominante é o de que somente a lei ordinária não pode retroagir em prejuízo do direito adquirido, da coisa julgada ou do ato jurídico perfeito. Na esteira desse raciocínio, a Constituição e a Emenda Constitucional têm eficácia revocatória completa desses atos¹⁵⁶.

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

¹⁵³ Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso (BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

¹⁵⁴ Constituição Federal/88. Art. 5º Todos são iguais(...):XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁵⁵ Posicionam-se nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira, emenda Constitucional 1, de 17.10.69*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 63 e 64; e CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

¹⁵⁶ Posicionam-se nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52; e HORTA, Raul Machado. *Constituição e direito*

Dessa forma, resta claro que as águas que integravam o domínio dos particulares passaram a integrar o domínio público ou comum, conforme a nova ordem constitucional posta. Porém, surge, ainda, a questão da indenização do antigo proprietário da água. Possui ele direito à indenização? Com base na legislação anterior à Constituição Federal de 1988, o proprietário do imóvel era titular do domínio das águas nele existentes, independentemente de se situarem na superfície ou no subsolo. Portanto, pode ele, baseado no direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF) à propriedade privada (art. 5º, XXII, da CF), pleitear, administrativa ou judicialmente, indenização em face do poder público?

Há uma corrente¹⁵⁷ que entende prevalecer, no caso, o direito adquirido do proprietário, conferindo-lhe a pretensão indenizatória contra o Estado. Observe-se que a defesa é apenas no sentido de direito de indenização, e, não, de direito adquirido que assegure ao particular o poder de manter sob seu domínio as águas incorporadas ao seu patrimônio, sob a égide da Lei Civil revogada, admitindo-se, apenas, a obtenção de perdas e danos.

Em sentido contrário, Viegas¹⁵⁸ entende que a indenização é inviável do ponto de vista prático, pois o poder público não teria recursos financeiros suficientes para indenizar todos aqueles que perderam a titularidade do domínio das águas – na medida em que, desde os primórdios, o ser humano sempre procurou se estabelecer fisicamente em locais abastecidos por água, dada sua indispensabilidade para a vida cotidiana, motivo pelo qual as propriedades imobiliárias dotadas do líquido, sobretudo as rurais, são as mais procuradas e valorizadas. Assim, de regra, o particular pagou mais pelo imóvel provido de água; perdendo o domínio sobre ela, teve um esvaziamento parcial, quando não total, de sua propriedade, porque em determinados locais onde a água é muito escassa, a terra desprovida de recurso hídrico não tem procura no mercado imobiliário.

adquirido. Revista de Informação legislativa. Brasília, a.28, n. 112, p.69-86, out./dez. 1991, p.84.

¹⁵⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.30; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 21 ed.. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 84.)

¹⁵⁸ VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Ed. livraria do Advogado, 2005, p. 92-93.

De todo modo, a solução deve ser encontrada no plano estritamente jurídico. E, neste, não se tem dúvida de que o direito adquirido do antigo proprietário não subsiste, porquanto a Constituição de 1988 é fruto do poder constituinte originário, que é aquele inaugurador de uma nova ordem jurídica.¹⁵⁹ Ele rompe, por completo, com a ordem jurídica precedente. O seu objetivo fundamental é criar um novo Estado, diferente do que vigorava com base no poder constituinte precedente.

O poder constituinte, na teoria de Sieyès¹⁶⁰, é simultaneamente desconstituinte e reconstituinte. Tem como momento fundamental a “plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao ‘fazer uma obra constituinte’, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes”.

Desse modo, considerando-se que a Constituição brasileira em vigor não sofre qualquer limitação imposta pela ordem jurídica anterior, direitos adquiridos assegurados pela Constituição precedente não se mantêm frente ao novo ordenamento. Assim, penso que não há que se falar em direito adquirido.

Portanto, agiu corretamente o constituinte e o legislador brasileiro ao definir a água como bem de domínio público e de uso comum do povo. Com essas definições emerge a compreensão de que a água é um bem comum, cuja apropriação privada pode não garantir a universalidade do direito de acesso à água potável e pode comprometer a qualidade necessária e a quantidade adequada para manter todas as formas de vida.

Na Itália, a água também passou a ser conceituada como bem público, através da Lei nº 36, de 05 de janeiro de 1994, “constituindo um recurso para salvaguardar e utilizar conforme critérios de solidariedade”¹⁶¹. Já em Portugal a Lei 54/2005, de 15 de novembro, que estabelece a titularidade dos recursos

¹⁵⁹ Raul Machado Horta ressalta: “A Constituição, por decisão soberana do constituinte originário, poderá revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anteriores incompatíveis” (HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direito Adquirido*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.28, n.112, p. 69-86, out/dez 1991, p.84).

¹⁶⁰ Referido por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p.72.

¹⁶¹ CERVETTI, Fernanda; PARODI, Cesare. *La nuova tutela delle acque*. Roma: Giuffrè, 2001, p.4.

hídricos, mantém a tradicional disposição de considerar a existência de recursos hídricos pertencentes a particulares (art 1º, nº 2)¹⁶².

A República portuguesa reconhece, por força do art. 18 da Lei 54/2005, que “todos os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público podem ser objeto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil, designando-se como águas ou cursos hídricos patrimoniais”. São, portanto, apropriáveis todas as águas ou recursos hídricos patrimoniais, sendo de propriedade dos entes públicos ou de propriedade dos privados, nesse caso, denominando-se águas ou recursos hídricos particulares.

Portanto, nos ordenamentos jurídicos¹⁶³ em que é estabelecida a possibilidade de apropriação privada dos recursos hídricos, a água facilmente pode ser objeto de comercialização, ter preço no mercado e as demais consequências dessa caracterização. Já, nos países em que a água é considerada um bem ambiental de domínio público ou um bem ambiental de uso comum, não é passível de apropriação privada (como no Brasil). No entanto, mesmo nesses países, ocorre a apropriação privada dos recursos hídricos por diversas formas, algumas legais (água como suprimento para a indústria e para a agricultura ou engarrafamento de água potável) e outras não controláveis pelos agentes responsáveis por proteger o interesse público (como a perfuração de poços artesianos no Brasil)¹⁶⁴.

Assim, entendo que a água potável, por ser um bem ambiental indispensável para a manutenção da vida, deve ser gerida como um bem comum, na acepção romana de “*res communis*”, jamais como “*res nullius*” que possa ser apropriada por particulares. O direito sobre a água deve consistir em um conjunto de normas que tenham como objetivo proporcionar água em quantidade e qualidade suficientes não só para as gerações do presente, mas

¹⁶² PORTUGAL. Lei nº 54/2005. Art. 1º, nº 2 – “Em função da titularidade, os recursos hídricos compreendem os recursos dominiais, ou pertencentes ao domínio público, e os recursos patrimoniais, pertencentes a entidades públicas ou particulares”.

¹⁶³ Este trabalho não tem como objeto de investigação o direito comparado sobre a temática desenvolvida, porém, nada impede que em futuras pesquisas seja verificado qual o tratamento dispensado à água quanto a sua natureza jurídica.

¹⁶⁴ PES, João Hélio Ferreira e SIMONETTI, Mariano Bertoldo. *Prevenção e Prevenção na tutela das águas subterrâneas*. In PES, João Hélio Ferreira e OLIVEIRA, Rafael Santos de (Coord.). *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.207-238.

para todas as gerações do futuro. É nesse sentido que defendo ser a água potável um patrimônio comum da humanidade, tema do próximo tópico.

1.6 Água potável: patrimônio comum da humanidade

Frente à realidade assustadora que clama por mudanças, no sentido de proteger os bens ambientais para viabilizar a manutenção da vida, são apresentadas, principalmente no meio acadêmico, diversas teses, ideias e teorias. No entanto, neste ponto do trabalho, aborda-se, de forma sintética¹⁶⁵, a alternativa da caracterização da água potável como patrimônio comum da humanidade e a teoria de Luigi Ferrajoli, que parcialmente discordamos, de caracterizar a água como bem ambiental fundamental.

O Patrimônio Comum¹⁶⁶ da Humanidade deve ser entendido como um "fideicomisso planetário" (expressão utilizada na Declaração de Amsterdam - 1991), em que alguns bens, pela sua importância, só podem estar confiados a todos os seres humanos, sem qualquer dimensão territorial ou temporal de inserção, "trata-se de bens que pertencem a todas as gerações, presentes e futuras, sem que uma delas se possa apropriar ou usar abusivamente em seu benefício exclusivo"¹⁶⁷.

Portanto, as águas, por serem bens passíveis de estar em risco por uma inapropriada ou má gestão pela atual geração, podem ser equiparadas ao que os romanos denominavam de *res communis* e ao que o direito público internacional considerou patrimônio da humanidade¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Opção do autor para viabilizar um aprofundamento em futuros estudos.

¹⁶⁶ A expressão "comum" deriva da *res communis* do Direito Romano, o que implica na impossibilidade de apropriação individual e na possibilidade de uso coletivo. In CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio ambiente como patrimônio da humanidade: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 88.

¹⁶⁷ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p.509.

¹⁶⁸ Tratado sobre a exploração e utilização do espaço ultraterrestre de 1967; Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982 e a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos; Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972; Acordo regulador da atividade na Lua e outros corpos celestes de 1979.

O Código das Sete Partidas de Alfonso X, Rei de Castilla, compilação legislativa realizada entre 1.256 e 1.265¹⁶⁹, considerava a água como um bem comum, *res communis*, não suscetível de apropriação privada. Esse conceito no Direito Romano significava que o ar, as águas correntes, o mar e suas praias eram comuns a todos. Mais recentemente, no Direito Público internacional, quanto aos espaços comuns, é considerado “que não é em função da natureza das coisas mas, sim, da exigência de uma ordem pública internacional, isto é, de uma pacífica e ordenada convivência entre os Estados, que se impõe o princípio da não apropriação”¹⁷⁰.

A Declaração de Estocolmo de 1972, no seu 5º Princípio¹⁷¹, indica que os recursos não renováveis devem ser utilizados no sentido de evitar o seu esgotamento para que se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. Por uma interpretação literal desse princípio poderíamos excluir os recursos hídricos dessa proteção por tratar-se de recursos renováveis. No entanto, por uma interpretação alargada do princípio podemos considerar que a finalidade do texto é a de garantir a todos a utilização daqueles bens passíveis de serem esgotados. Nesse sentido, as águas se enquadram nessa categoria de bens passíveis de esgotamento, seja pela ação de agroquímicos utilizados nas atividades agrícolas, despejos industriais e urbanos, entre outras atividades que comprometem a qualidade dos recursos hídricos. O grau de comprometimento é de tal forma intenso que as técnicas utilizadas não são suficientemente adequadas para a recuperação, ou, quando são, passam a ser extremamente onerosas, o que inviabiliza o processo de tratamento. Dessa forma, as águas que teoricamente são recursos renováveis, podem ser enquadrados no rol dos bens que o 5º Princípio da Declaração de Estocolmo de 1972 abarca. Portanto, essa indicação de que a

¹⁶⁹ RUCQUOI, Adeline. *História Medieval da Península Ibérica*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

¹⁷⁰ PUREZA, Jose Manuel. *O património comum da humanidade : rumo a um direito internacional da solidariedade?* Dissertação para doutoramento em Sociologia na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra : Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995, p. 278

¹⁷¹ Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972. 5º Princípio: “Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização”. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2014.

utilização da água potável deve ser compartilhada por toda a humanidade considera as águas como "patrimônio comum da humanidade".

O que se constata de forma irrefutável é que os recursos naturais são limitados e em alguns casos extremamente escassos. Sem abordar a problemática dos recursos não renováveis, como o petróleo, verifica-se que alguns bens renováveis (basta cuidar para ter sempre) como a água potável, fundamental para todo o sistema da vida, estão se tornando escassos para um percentual significativo da população.

Todos os relatórios apresentados pela ONU¹⁷² sobre o estado da Terra alertam: a seguir a lógica depredadora e consumista do sistema global, caminha-se para a não-sustentabilidade do projeto civilizatório, conseqüentemente, para o anunciado caos da biosfera, com a provável dizimação de incontáveis espécies, além da ameaça à própria espécie humana.

As águas, assim como os demais bens ambientais, deverão ser preservadas para que se preserve a própria vida. Constata-se, também, que o modelo de propiciar a apropriação privada dos bens ambientais não cria as condições de preservação.

A água diferencia-se dos demais recursos naturais em alguns aspectos. Não existe qualquer alternativa que a substitua e, portanto, a água é mais que um recurso: é um bem vital para todos os seres vivos e para o ecossistema como um todo. Assim, o acesso à água e a obrigação de conservá-la para o objetivo de sobrevivência deve pertencer à humanidade coletivamente; não pode ser objeto da apropriação individual privada¹⁷³.

Todo ser humano deve ter o direito ao acesso a esse bem vital. As condições e meios de acesso à água e sua conservação não devem ser tratados como uma questão individual, e, sim, como uma tarefa e responsabilidade de todos os seres humanos juntos, o que reforça a natureza da água como um bem patrimonial comum.

¹⁷² A ONU em sucessivas reuniões mundiais de estudo e de busca de soluções globais alertou para o risco imediato.

¹⁷³ PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 128.

Outros bens considerados Patrimônio Comum da Humanidade, como os fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo para além dos limites da jurisdição nacional, apresentam algumas características como a de que esses bens devem beneficiar todos os Estados, tudo conforme os princípios consagrados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 2.749 (XXV), de 17 de dezembro de 1970¹⁷⁴. Nesse sentido, Maria Nazaré Oliveira Imbrica¹⁷⁵ cita algumas características que podem ser observadas nos bens que integram o Patrimônio Comum da Humanidade: a ausência de propriedade, fins pacíficos, gestão internacional, divisão de rendas e dos lucros da exploração. Assim, tanto o mar como a água potável apresentam apenas algumas das características apontadas.

No entanto, considerar o mar Patrimônio Comum da Humanidade é algo tão complexo quanto considerar a água potável. No direito internacional convencional: o mar é um conjunto de bens (direitos e obrigações) inapropriáveis em sua unidade, mas exploráveis, de acordo com regras de direito internacional. É difícil caracterizar o mar como *res communis* por que cada um dos recursos que o compõem podem ser explorados, portanto apropriados, desde que respeitados os limites de exercício de direitos impostos pelas normas internacionais. Também não é fácil considerar o mar *res nullius*, sendo que o direito de se apropriar dos seus componentes está vinculado a um acordo com outros Estados, assim se este direito de apropriação depende de uma relação subjacente, perde a sua característica de autonomia. Portanto, o que claramente pode ser considerado, a partir da incidência das características identificadoras de um bem como Patrimônio Comum da Humanidade, são os dois elementos que compõe o patrimônio marinho: solo e subsolo oceânicos. No entanto, mar é incontestavelmente Patrimônio Comum da Humanidade.

Já a complexidade que emerge da caracterização da água potável como bem que integra o Patrimônio Comum da Humanidade pode ser

¹⁷⁴ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Disponível em < http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/ISA/convencao_NU_direito_mar-PT.htm>. Acesso em 03 ago. 2014.

¹⁷⁵ IMBRICA, Maria Nazaré Oliveira, *O princípio do Patrimônio Comum da Humanidade*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de doutora em Direito Internacional. São Paulo: USP, 1980, p. 136.

observada pela variação apresentada quanto ao regime jurídico que cada Estado adota em relação aos bens ambientais, notadamente das águas. Portanto, uma possível solução passa pelo direito internacional convencional.

O fundamento da água como um bem patrimonial comum sustenta-se no fato de que o uso e a conservação da água são resultado da história humana, com seu legado de conhecimento, práticas, instrumentos e organizações com base nos quais nenhum indivíduo pode reivindicar direitos de propriedade. O sujeito primário do patrimônio comum da água é, assim, a comunidade humana mundial¹⁷⁶.

Cada comunidade humana organizada deve ter o direito de usar da água para suas necessidades vitais e para o bem-estar social e econômico de todos os seus membros. Ao mesmo tempo, ela deve garantir o acesso e o uso a outras comunidades humanas que compartilham ou não das mesmas reservas e correntes, de acordo com os modos de solidariedade¹⁷⁷ e de sustentabilidade acordados para esse objetivo, numa abordagem contratual ou convencional.

A prática jurídica demonstra que são apenas reconhecidos como sujeitos jurídicos dos direitos e obrigações os indivíduos, organizações públicas ou privadas, estados nacionais e organizações internacionais ou inter-governamentais. A comunidade humana mundial como tal não é um sujeito ao qual são atribuídos direitos e obrigações. Por isso, Petrella¹⁷⁸ defende a ideia de um “contrato mundial da água”, assim como a necessidade urgente de um conjunto de normas mundiais sobre a água que possam, então, ser capazes de garantir que os direitos e obrigações de cada comunidade humana local sejam respeitados mais seriamente do que o são no momento.

¹⁷⁶ PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 129.

¹⁷⁷ A constituição do Uruguai já prevê dispositivo nesse sentido no Artigo 47, 4: “La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad” (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Disponível em <<http://uruguay.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-uruguay/>>. Acesso em 02 fev. 2012).

¹⁷⁸ PETRELLA, 2002, p. 130.

A água, como um patrimônio vital comum da humanidade, não pode ser objeto de transações comerciais tradicionais e de aquisição por parte de investidores estrangeiros. “A água deve ser excluída de qualquer convenção ou tratado assinado sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio e de qualquer tratado ou acordo relacionado com a regulamentação de investimentos financeiros no mundo todo”¹⁷⁹. Por outro lado, deve-se proteger a água por meio de uma convenção mundial que obrigue legalmente todos os seus membros a garantir que ela seja conservada em harmonia com as fontes naturais de renovação e que sua qualidade seja mantida para as futuras gerações.

Outra alternativa, a qual não me filio por entender demasiada positivista, é a apresentada por Luigi Ferrajoli que, em seu texto denominado “Por uma Carta dos bens fundamentais”, publicado na Italia em 2010, sob o título “Per una carta dei beni fondamentali”¹⁸⁰, apresenta uma redefinição do conceito de bens, o que pode ser considerado uma verdadeira teoria dos bens fundamentais.

Ferrajoli aborda a questão da insuficiência da estipulação ou reconhecimento de direitos fundamentais pelas constituições, para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesses vitais, principalmente aqueles de tipo coletivo. Conclui que há necessidade de um disciplinamento autônomo e específico para os ‘bens fundamentais’ como a água, a atmosfera, o equilíbrio ecológico, a alimentação básica, os medicamentos essenciais, etc, porque esses bens garantem os correlativos direitos fundamentais, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão, ora em expectativas positivas de prestação.

As necessidades e os interesses vitais das pessoas têm sido expressos nas constituições democráticas sob a forma de direitos fundamentais, como exemplo, direito à vida, à liberdade, à integridade física, à

¹⁷⁹ PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 131.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Per una carta dei Beni fondamentali*. In MAZZARESE, Tecla; PAROLARI, Paola. *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p.65-98. Texto disponível na íntegra em <http://www.lasinistrazona.it/index.php?option=com_content&task=view&id=825&Itemid=1>. Acesso em 02 mar. 2012.

saúde, à educação, a um ambiente ecologicamente equilibrado, etc. Os valores essenciais e vitais foram inicialmente reivindicados, e posteriormente reconhecidos e tutelados, através de atribuição aos indivíduos de expectativas, ou de pretensões ou faculdades, concebidas sempre como direitos subjetivos. Na condição de direitos fundamentais limitam e vinculam os poderes públicos, fazendo com que a nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir, fazendo com que esses direitos situem-se na ‘esfera do indecível’.

Pela teoria dos bens fundamentais, a estipulação de tais direitos como fundamentais nas atuais constituições, com as obrigações e proibições correspondentes, não têm sido suficientes para garantir às pessoas a efetividade desses direitos. Têm sido insuficientes a simples estipulação de todos a viver num planeta habitável ou a atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuídos em tantas constituições e tratados internacionais. É claro que a afirmação de tais direitos e das respectivas obrigações e proibições é essencial para a sua tutela, porém a efetividade de tais direitos depende de determinados bens, que devem ser alçados à condição de bens fundamentais. Aqui, registro uma pequena discordância com Ferrajoli, que propõe, de forma positivada, proteções e garantias específicas para os bens fundamentais. Penso que incluir um rol de bens caracterizados como fundamentais em um documento normativo qualquer não garantirá a efetividade dos direitos fundamentais dependentes de tais bens fundamentais.

Mesmo assim, concordo que a redefinição do conceito de bens é relevante¹⁸¹. Os ‘bens fundamentais’ podem ser classificados como uma subclasse dos ‘bens’. Diferenciam-se dos bens patrimoniais porque estes são os disponíveis no mercado através de atos de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são objeto, a cujos titulares é, portanto, reservado o seu uso e gozo. Já os bens fundamentais são aqueles cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um por ser objeto de tantos outros direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, não são submetidos à lógica do mercado: como a água, o ar e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade. Portanto, são bens patrimoniais quaisquer bens que sejam

¹⁸¹ Verificar os conceitos de “coisa” e de “bem” incluídos no Tópico 1.4.

objeto de um direito patrimonial e são bens fundamentais aqueles que sejam objeto de direitos fundamentais, observando que, enquanto todos os bens fundamentais são, por definição, objeto de direitos fundamentais, somente alguns direitos fundamentais têm como objeto bens fundamentais.

Os direitos fundamentais são universais, no sentido de que seu desfrute é acessível a todos *pro indiviso* ou igualmente reservado a todos e a cada um de maneira exclusiva, portanto indisponíveis e inalienáveis, enquanto que os direitos patrimoniais são todos aqueles direitos que dizem respeito singularmente aos seus titulares com exclusão dos outros, assim, disponíveis e alienáveis. Analogamente os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto, consequentemente disponíveis e alienáveis.

Quanto à indisponibilidade dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais, há uma diferença que precisa ser ressaltada. A indisponibilidade dos direitos fundamentais é uma indisponibilidade conceitual, lógica, portanto inviolável, ligada à natureza de generalidade e abstração das normas que estabelecem direitos fundamentais. A dos bens fundamentais é uma indisponibilidade somente jurídica e, portanto, passível de violação, tendo em vista que os bens fundamentais, de fato, são sempre materialmente disponíveis. Resumidamente, a garantia da indisponibilidade dos bens fundamentais possui a forma de proibição, de fato violável, de disposição. Assim ocorre na venda ou destruição de um bem fundamental que, concretamente pode ser irreversível, no entanto, nada pode ser feito para impedir, apenas é possível a proibição e a punição como ilícita. Por outro lado, uma eventual disposição dos direitos fundamentais é sabidamente inexistente, como exemplo: um ato de venda da liberdade de consciência, seria irrealizável e sem sentido.

Assim, os bens patrimoniais são objeto de direitos patrimoniais enquanto podem ser não somente utilizados, mas também desperdiçados, segundo o clássico paradigma “do direito do proprietário de usar e abusar”¹⁸². Os bens fundamentais são objeto de direitos fundamentais enquanto são

¹⁸² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6ª. ed.. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 635-636.

objetos de limites ou vínculos, ou seja, das proibições de disposição ou de obrigações de prestação correspondentes aos mesmos, como a proibição das atividades poluidoras, aquelas que limitam ou impedem a apropriação de recursos reconhecidos como comuns, ou a obrigação de distribuição de bens vitais como a água potável, os alimentos básicos e os medicamentos essenciais.

Luigi Ferrajoli¹⁸³ divide os bens fundamentais em três classes: personalíssimos, comuns e sociais. Os bens fundamentais personalíssimos formam a classe dos bens fundamentais mais estreitamente ligada aos direitos vitais da pessoa. São objetos de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou liberdade da sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros. Os bens personalíssimos são tutelados pelas garantias dos respectivos direitos de imunidade (defesa) dos quais são indissociáveis. Tais bens são indisponíveis e o princípio da indisponibilidade possui a forma de uma proibição, assim tais bens são subtraídos ao poder de disposição de seus possuidores justamente para protegê-los da sua alienação, e, portanto da sua redução a bens patrimoniais. Caso os titulares desses bens e os respectivos direitos fundamentais tivessem o poder de dispor deles, por exemplo, vendendo a sua liberdade ou parte de seu corpo ou tornando-se escravos, tais bens e tais direitos deixariam de ser universais, e portanto fundamentais, e tornar-se-iam patrimoniais. O corpo de uma pessoa não designa um objeto de sua propriedade, mas de sua identidade, não menos do que o seu pensamento, todos bens fundamentais personalíssimos invioláveis, inalienáveis e intangíveis. Nesse sentido, vale a máxima kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser tratada como uma coisa.¹⁸⁴

Os bens fundamentais comuns são objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou 'liberdade de', isto é, no direito de todos de aceder ao seu uso e gozo: como a água potável, o ar, o clima e os outros bens ecológicos do planeta, de cuja tutela depende o futuro da humanidade. O tema dos bens

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁸⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa : Edições 70, 1995.

comuns se reveste de importância na medida em que aumenta a devastação e a destruição de bens que os romanos denominavam de *res communes omnium*, ameaçando os bens fundamentais que são vitais para o futuro do gênero humano. Assim, como os bens personalíssimos, justifica-se a não apropriação privada desses bens e a necessidade de garantir a todos a fruição desses bens como objeto de direitos fundamentais de defesa. Para implementar a garantia desses bens a todos, é mister que seja adotado um sistema de direito em cada país com regras, limites e controles dos poderes econômicos privados e um sistema de direito (constitucionalismo cooperativo)¹⁸⁵ de abrangência universal ou global para enfrentar as consequências das agressões aos bens comuns do ambiente (aquecimento climático, poluição e destruição de espécies animais e vegetais), objetivando caracterizar todos esses bens comuns como patrimônio comum da humanidade, como já ocorre com os fundos marinhos e os espaços estratosféricos.

Os bens fundamentais sociais são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde, garantidos pela obrigação da sua prestação: como a água, os alimentos básicos e os assim chamados ‘medicamentos essenciais’. Esses bens são fundamentais, não em sentido objetivo, e, sim, subjetivo, ou seja, são fundamentais para aqueles que não estão em condições de adquiri-los como bens patrimoniais. Os direitos sociais foram estipulados nas constituições do século XX como direitos fundamentais a partir de mudanças de sentido do mais importante dos direitos humanos que é o direito à vida. Esse direito, na tradição liberal, foi concebido como um direito de defesa, isto é, de não ser morto, porque preponderava a concepção de que cada um tem a possibilidade de sobreviver desde que queira, bastando, para isso, trabalhar¹⁸⁶. Hoje, isso mudou, sobreviver é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato social. A vida encontra-se ameaçada pela falta dos bens sociais e pelas desigualdades crescentes verificadas entre países ricos e pobres e entre ricos e pobres de cada país. Decorre dessa realidade a necessidade de

¹⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007.

¹⁸⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3ª Edição. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 2001, p. 102-103.

implementar garantias de sobrevivência. Portanto, os bens fundamentais sociais devem ser garantidos para que o direito à vida vá além do direito de não ser morto e abranja o direito de viver com dignidade.

O bem fundamental água é classificado por Ferrajoli como bem social por esse bem ser objeto de direitos fundamentais sociais, relacionados à subsistência, à saúde e a serviços públicos essenciais de abastecimento, no entanto, é possível, também, classificar esse bem na classe dos fundamentais comuns pela dimensão que adquire esse bem quanto à importância para o futuro da humanidade e por ser esse bem objeto de direitos ativos de liberdade de aceder ao seu uso e gozo, inclusive das futuras gerações.

Muitas coisas e muitos bens patrimoniais, como a água, o ar, os medicamentos essenciais e a alimentação básica tornaram-se bens fundamentais quando se manifestou a sua vulnerabilidade (água e ar) e a sua não renovabilidade (alguns bens ambientais), ou, pelo contrário, a sua aptidão para serem produzidos (medicamentos essenciais e alimentação básica) e, portanto, a possibilidade de garanti-los a todos como fatores de sobrevivência. Da mesma forma ocorre a transformação em bens fundamentais comuns de muitos bens ecológicos que, até há poucos anos, não eram nem mesmo bens, mas simplesmente coisas, como a atmosfera, a biodiversidade e as águas potáveis e que, devido às constantes agressões e degradações, têm se revelado fundamentais para a sobrevivência do gênero humano. Nesse sentido, penso que esses bens devem ser alçados à condição de fundamentais, no entanto, materialmente fundamentais, não necessitando de qualquer positivação, tanto nas constituições como nos tratados internacionais.

Em minha opinião, a intervenção do direito positivo não é imprescindível para promover essas mudanças de *status* das coisas e dos bens. Infelizmente as relações de mercado têm moldado o direito. A água potável, a partir da constatação de sua escassez, foi alvo de uma valorização econômica, ao ponto de convenções internacionais e a própria legislação nacional (art. 10 da Lei 9.434/97) considerar “bem dotado de valor econômico”. Assim, a privatização desses bens, principalmente os serviços públicos de abastecimento de água potável, encaminha-se no sentido de fazer o caminho

inverso do necessário, ou seja, transformam-se bens fundamentais em bens patrimoniais.

Por fim, Ferrajoli¹⁸⁷ defende que os bens fundamentais são assumidos eles próprios como objeto de garantia, em acréscimo aos respectivos direitos fundamentais, através da introdução de proibições de sua lesão (bens personalíssimos e comuns) ou de obrigações de sua prestação (bens sociais), por isso, na opinião de Ferrajoli, às cartas e convenções, internacionais e constitucionais, deveriam acrescentar-se Cartas constitucionais e Cartas internacionais dos bens fundamentais, como garantia dos bens personalíssimos e dos bens comuns, para impor limites rigorosos ao mercado e, por outro lado, vincular o poder público para garantir o acesso aos bens sociais.

Portanto, a nossa discordância em relação à tese de Luigi Ferrajoli é de que não há necessidade de instituir uma lista de bens fundamentais que devam ser especialmente protegidos para garantir a efetividade do direito fundamental correspondente, pois basta o reconhecimento substancial de que alguns bens são realmente fundamentais, incluindo nesse sentido a água potável, para que o direito fundamental seja efetivado. Por outro lado, é imprescindível considerar a água potável como patrimônio comum da humanidade para que as gerações do presente e do futuro tenham a possibilidade de exercer o direito de acesso a esse bem que é fundamental para a manutenção da vida.

Assim, se não ocorrerem mudanças quanto ao tratamento dispensado aos recursos escassos, seja pela caracterização de patrimônio comum da humanidade, ou, seja pela aceitação de outra tese com a mesma finalidade, não há como garantir um futuro comum para a humanidade¹⁸⁸. Além da água, outros recursos ambientais são fundamentais para garantir um futuro de vida

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Per una carta dei Beni fondamentali*. In MAZZARESE, Tecla; PAROLARI, Paola. *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p.65-98. Texto disponível na íntegra em <http://www.lasinistrazona.it/index.php?option=com_content&task=view&id=825&Itemid=1>. Acesso em 02 mar. 2012.

¹⁸⁸ Carla Amado Gomes inclui os bens ambientais na categoria dos denominados “Bens de Interesse Comum da Humanidade” (GOMES, Carla Amado. *Os Bens Ambientais como Bens de Interesse Comum da Humanidade: entre o Universalismo e a Razão de Estado*. In FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. *Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p.21-35).

para todos os humanos e outros seres da comunidade de vida. Todos os bens necessários à vida pertencem ao patrimônio da biosfera e ao patrimônio comum da humanidade.

1.7 Considerações finais do capítulo 1

Nesse primeiro capítulo, alguns objetivos específicos foram traçados com a intenção de facilitar a compreensão de alguns elementos que compõem a tese, que ora defendo, de que o reconhecimento do direito de acesso à água potável como direito fundamental é passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

Dentre esses objetivos, inicialmente destaco a definição de água potável, que à primeira vista (*prima facie*) parece ser tão simples, mas que se reveste de relevância e complexidade ao verificarmos que há serviços de abastecimento de água para dessedentação de animais que podem utilizar água não apropriada para o consumo humano. Portanto, no conceito que adoto de água potável o elemento central é a qualidade da água que deve ser própria para ser consumida pelo homem. Por outro lado, a água para consumo humano, *grosso modo*, compreende a utilizada na dessedentação, na alimentação, no asseio pessoal e na limpeza da casa e dos utensílios ou roupas, dentre outras utilizações.

Dessa forma a definição que formulamos é de que água potável é aquela que reúne as características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos, devendo apresentar determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo humano. Assim, deve estar livre de qualquer tipo de contaminação, e ser oriunda de uma fonte natural ou artificial, como nascentes, poços, estação de tratamento, dentre outras fontes.

A água potável natural pode ser encontrada sob as duas principais formas em que se encontra disponível para os diversos usos, ou seja, superficial ou subterrânea. Já a água potável oriunda de uma fonte artificial pode ser a obtida a partir de um processo de tratamento que incide sobre as

águas encontradas sob a forma de rios, lagos, aquíferos, lençóis freáticos, chuva, mares, neve, geada, granizo e tantas outras formas.

O processo de tratamento ou purificação das águas visando à potabilidade é uma necessidade devido à degradação que atingiu quase a totalidade da denominada água doce superficial existente no planeta. Essa degradação de rios e lagos ocorreu concomitantemente com o aumento da população mundial e com o consequente incremento das áreas agricultáveis e da produção industrial. Em consequência disso, as águas subterrâneas estão tendo uma real valorização pelo fato de que o tratamento dessas águas é menos oneroso, no entanto, as águas subterrâneas, ao contrário do que se imagina, vêm sendo atingidas por várias formas de poluição.

Quanto às águas subterrâneas, verificamos que o constituinte brasileiro se equivocou ao relacionar as águas subterrâneas como de domínio dos Estados e não da União, considerando a existência de águas subterrâneas que transcendem mais de um Estado ou de um País (águas transfronteiriças). No entanto, por esse tema não ser essencial para a investigação delineada na presente tese, entendi por não fazer o aprofundamento neste trabalho.

Nas diferentes classificações relacionadas às águas, apresentadas neste primeiro capítulo, a opção foi a de abordar sinteticamente aquelas que impactam ou se relacionam ao direito de acesso à água potável. Nesse sentido, as referências feitas aos múltiplos usos da água e à variada classificação que se adota, inclusive ao ciclo da água, são importantes para compreender e situar o elemento central desta investigação.

Cumprasse assinalar que as águas ou os recursos hídricos em geral, pela reconhecida e fundamental importância que têm para o homem, devem receber a proteção do direito para assegurar às atuais e às futuras gerações a garantia da manutenção da vida e, para tanto, é necessário que sejam tratadas como um bem de uso comum de todos. Convém esclarecer que, quanto à terminologia utilizada, optei por não diferenciar as expressões “recursos hídricos” e “águas”, sendo que no decorrer deste trabalho elas serão empregadas como sinônimas.

Outro objetivo específico delineado nesse capítulo foi o de verificar o conceito de bem ambiental. Definido como microbem integrante do macrobem 'meio ambiente', passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas ambientais, bem juridicamente protegido que visa a assegurar um interesse individual ou transindividual e, ainda, transgeracional, de que sejam titulares todos e cada um (do presente e do futuro).

É minoritária a posição doutrinária que tem o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados. Para essa corrente doutrinária, uma das características do "bem ambiental" é a de que esse é um bem ao qual as pessoas não se atrelam por meio do instituto da propriedade. A propriedade é baseada na ideia de usar, gozar, fruir e fazer o que se bem entende, ideia essa que não é possível aplicar ao 'bem ambiental', tanto pelo agente público, como pelo particular. Assim, para esses doutrinadores, o legislador, quando definiu na Constituição o bem ambiental como de uso comum do povo, estabeleceu um bem que não tem estrutura de propriedade e desatrelou um dos requisitos do instituto da propriedade, que é o uso, para vinculá-lo ao bem ambiental, estabelecendo, também, que o povo tem possibilidade de utilizá-lo, mas jamais de fazer dele uma estrutura de propriedade. No entanto, essa corrente doutrinária é minoritária e tem preponderado a defesa de ser o bem ambiental, quando de domínio público, espécie do gênero bem público de uso comum do povo.

O bem ambiental 'água potável' é considerado no ordenamento jurídico brasileiro um bem de domínio público, conforme a previsão do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.433/1997. Nesse sentido, é correto o entendimento de que a água é bem ambiental que deve ser tratado como um bem de domínio público de uso comum do povo. Além disso, a água por ser um dos elementos do meio ambiente, um microbem que integra o macrobem 'ambiente', pode ser considerada de uso comum do povo por força do enunciado no artigo 225 da Constituição Brasileira que assim dispõe: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (...)".

A consequência principal da caracterização da água como bem de uso comum do povo é a garantia de que o acesso à água potável deve ser um direito protegido pelo Estado para que todos possam exercer esse direito, acessando água de qualidade e em quantidade adequada.

Assim, pela importância que tem a água potável e por ser um bem ambiental, 'bem' que deve ser protegido pelo direito para assegurar os interesses e carências das atuais e futuras gerações, entendo que deve ser tratada como um bem de uso comum de todos (frise-se das gerações do hoje e do amanhã), notadamente, por ser um bem ambiental passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas, principalmente do direito subjetivo de acesso à água.

Quanto ao direito de propriedade sobre as águas, no ordenamento jurídico brasileiro vigorou até a Constituição de 1988 o entendimento clássico, oriundo do Direito Romano, de que as águas integravam-se ao próprio solo com o qual constituíam um todo, admitindo-se assim a categoria das águas particulares. No entanto, com a vigência das normas constitucionais que determinaram a dominialidade pública das águas e a definição da água e dos demais bens da natureza, no capítulo do meio ambiente, como bem ambiental, ocorreu a superação da legislação que previa, na classificação das águas, a espécie águas privadas.

Essa mudança significativa em relação à propriedade sobre os recursos hídricos deve-se, principalmente, ao estabelecimento da regra de que as águas são de domínio da União, conforme prevê o artigo 20, ou são de domínio dos Estados, de acordo com o estipulado no artigo 26, ambos da Constituição Brasileira. Além disso, essa definição da inexistência de águas particulares foi reforçada pela Lei que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), no seu artigo 1º, inciso I, ao instituir que a água é um bem de domínio público. Entendo, dessa forma, que ficou nítida a opção do sistema jurídico brasileiro pela dominialidade pública dos recursos hídricos.

No entanto, essa interpretação de que a água por ser um bem ambiental não passível de apropriação por particulares e de que o Estado deve figurar apenas como o gestor desses recursos, que são de uso comum de

todos, encontra uma série de objeções jurídicas e práticas. Dentre as objeções, podemos referir a apropriação por particulares das águas como bens móveis, lembrando que é pacífica a doutrina no sentido de classificar como móveis as frações de água retiradas de um reservatório ou correntes, sendo que estas se autonomizam do regime daquelas aglomerações de água, ficando sujeitas à disciplina jurídica das coisas móveis, como ocorre com as águas engarrafadas. Há também outras objeções como: o processo de apropriação dos espaços comuns pelos Estados; as normas que autorizam a utilização mediante autorização ou concessão dos recursos hídricos e objeções práticas de exercício de poder sobre os recursos hídricos perpetrados pelos agentes do mercado. Portanto, entendo que essas e outras objeções devem ser, na maior medida possível, relativizadas para que a água potável, por ser um bem ambiental indispensável para a manutenção da vida, seja gerida como um bem comum, na acepção romana de “*res communis*”, jamais como “*res nullius*”.

Por fim, como último objetivo definido para o primeiro capítulo, analisamos, dentre as teses e teorias discutidas no meio acadêmico, duas alternativas à crise que atinge os bens ambientais.

A primeira é a teoria dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli, da qual parcialmente discordamos por entendermos demasiadamente positivista. Essa teoria aborda a questão da insuficiência da estipulação de direitos fundamentais, pelas constituições, para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades e aos interesses vitais, principalmente àqueles de tipo coletivo. A estipulação de alguns direitos como fundamentais nas atuais constituições não tem sido suficiente para garantir às pessoas a efetividade desses direitos. Nesse sentido, Ferrajoli entende que a efetividade de tais direitos depende de determinados bens, que devem ser alçados à condição de bens fundamentais, com proteções e garantias específicas. Assim, conclui que há necessidade de um disciplinamento autônomo e específico para os ‘bens fundamentais’, como a água, o ar, etc., porque esses bens garantem os correlativos direitos fundamentais, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão (direitos de defesa), ora em expectativas positivas de prestação (direitos à prestação). Portanto, a nossa discordância em relação à teoria dos bens fundamentais é de que não há necessidade de instituir um rol de bens

que devam ser especialmente protegidos, bastando o reconhecimento substancial daqueles bens que são realmente fundamentais.

A outra alternativa analisada, com a qual concordo integralmente, trata de considerar os bens ambientais, notadamente a água potável, como patrimônio comum da humanidade. A justificativa utilizada para considerar a água bem patrimonial comum baseia-se no fato de que o uso e a conservação da água são resultado da história humana, com seu legado de conhecimento, práticas, instrumentos e organizações. Portanto esse é um patrimônio de todos, de toda a humanidade, sendo imprescindível que continuemos a considerar a água potável como patrimônio comum da humanidade para que as gerações do presente e do futuro tenham a possibilidade de exercer o direito de acesso a esse bem (tema do próximo capítulo) que é fundamental para a manutenção da vida.

CAPITULO 2

2. O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

Os serviços públicos essenciais de abastecimento e fornecimento de água potável proporcionam, diariamente, um espetáculo visto por bilhões de pessoas que, ao abrirem uma torneira, veem sair a água coletada nos rios, poços ou lagos, depois de percorrer um longo caminho por meio de tubulações, passando pelas fases de tratamento e de armazenamento. O espetáculo somente se completa quando o “homem” atua no papel principal de agente que exerce o direito fundamental de acesso à água potável.

2.1 O acesso à água potável: formas de acesso

O cuidado com o provimento de água às populações acompanha a humanidade desde seu surgimento. Vários registros de experiências de suprimento de água são encontrados, desde a Antiguidade, demonstrando o progressivo desenvolvimento de tecnologias para a captação, o transporte, o tratamento e a distribuição de água, assim como a progressiva evolução dos institutos jurídicos de regulação e garantia do direito de acesso.

Assim que as pessoas passaram a ter atividades agrícolas e criar animais, principalmente, a partir da fixação em vilas, que posteriormente se transformaram em cidades, surge a necessidade de obras visando ao abastecimento de água para o suprimento das populações e para a irrigação de suas culturas.

As primeiras obras com sucesso para se controlar o fluxo de água foram feitas na Mesopotâmia e no Egito, onde ruínas de canais de irrigação pré-históricos ainda existem¹⁸⁹. Dentre os eventos relevantes na história do abastecimento de água, é possível citar: a colonização da planície aluvial da Mesopotâmia por grupos que praticavam a irrigação por volta de 5000 a.C.; utilização de água e drenagem no Vale dos Hindus aproximadamente no ano

¹⁸⁹ TSUTIYA, Milton Tomoyuki. *Abastecimento de água*. 3. ed. São Paulo, SP: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2006, p. 2.

3200 a. C.; utilização de tubulações em cobre no palácio real do faraó Chéops no ano 2750 a.C..¹⁹⁰

Outros dois importantes eventos históricos podem ser referidos. O primeiro é o ocorrido na cidade de Knossos, na ilha de Creta, por volta de 1700 – 1450 a. C., onde se desenvolveu um sistema de transporte de água que utilizava condutos circulares e distribuía água para a cidade e para o palácio em tubulações pressurizadas. O segundo, na região de Anatólia, também chamada de Ásia Menor, atualmente parte da Turquia, ainda são encontradas ruínas de antigos sistemas de abastecimento de água, construídos entre 2000 – 200 a. C., incluindo tubulações, canais, túneis, sifões invertidos, aquedutos, reservatórios, cisternas e barragens.¹⁹¹

No auge do Império Romano, muitos aquedutos e condutos foram construídos. Os aquedutos romanos eram construídos acima do terreno, com escoamento livre em canais, enquanto os condutos eram enterrados para o transporte da água para reservatórios e posterior distribuição de água para os pontos de uso, por meio de tubos de chumbo ou cerâmicos¹⁹².

Em Portugal, o famoso Aqueduto das Águas Livres é um sistema complexo de captação e distribuição de água à cidade de Lisboa. Construído durante o reinado de D. João V, que em 1731 promulgou o Alvará que ditava o início do projeto, no decorrer do tempo chegou a ter 58 Km de extensão, incluídos todos os ramais de captação, por isso, tem sido considerado um dos maiores sistemas desse tipo existentes no mundo¹⁹³. Em 1884 foi lançado o Plano de organização dos serviços hidráulicos, dividindo o País em 4 circunscrições por meio da Carta de lei de 6 de março de 1884. O

¹⁹⁰ HELLER, Léo; PADUA, Valter Lúcio de. (orgs). *Abastecimento de água para consumo humano*. Belo Horizonte, MG: Ed. da UFMG, 2006, p. 35.

¹⁹¹ TSUTIYA, Milton Tomoyuki. *Abastecimento de água*. 3. ed. São Paulo, SP: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2006, p. 2.

¹⁹² TSUTIYA, 2006, p. 3.

¹⁹³ Aqueduto das Águas Livres de Lisboa. Disponível em <www.historiadeportugal.info/aqueduto-das-aguas-livres-de-lisboa/>. Acesso em 26 dez. 2011.

abastecimento de água a Lisboa é efetuado em regime de concessão desde 2 de julho de 1867 pela companhia de Águas de Lisboa¹⁹⁴.

No Brasil, a primeira cidade a ter sistema de abastecimento de água foi o Rio de Janeiro, que em 1561 teve um primeiro poço escavado por Estácio de Sá, e, depois, somente em 1673 se iniciaram obras de adução de água para a cidade. Em 1723 foi construído o primeiro aqueduto do Rio de Janeiro, aduzindo águas do rio Carioca através dos arcos velhos até o chafariz público. Apenas em 1876 foi contratado o projeto para o primeiro sistema de abastecimento de água encanada do Rio de Janeiro¹⁹⁵.

Assim, nessa etapa deste trabalho, interessa, inicialmente, analisar as formas de acesso, nas quais se incluem os serviços públicos de abastecimento de água potável, por ser esse hoje o principal instrumento de provimento de água às populações, conseqüentemente, o principal meio utilizado para viabilizar o exercício do direito de acesso à água potável, assunto que será abordado no tópico 2.1.2. No entanto, o exercício do direito de acesso à água potável poderá ocorrer por outras formas como as que podem ser agrupadas no que denomino ‘acesso pelo sistema alternativo de abastecimento’¹⁹⁶ (tópico 2.1.1). Posteriormente, analisa-se o direito de acesso e as normas jurídicas relacionadas aos recursos hídricos do Brasil (tópico 2.2), para finalmente, analisar alguns ordenamentos jurídicos que constitucionalizaram o direito de acesso à água potável, passando a caracterizar esse direito como formalmente fundamental (tópico 2.3).

¹⁹⁴ LOBO, Mario Tavarela. *Manual de direito de Águas*. Vol. 2, 2 ed.. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 489.

¹⁹⁵ AZEVEDO NETO, J. M.. *Cronologia do abastecimento de água (até 1970)* – Revista DAE, vol. 44, nº 137, p. 106-111, São Paulo, junho, 1984.

¹⁹⁶ A classificação adotada neste trabalho tem como parâmetro a adotada pela “norma de qualidade da água para consumo humano” in BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 518, de 25 de março de 2004, que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_518.pdf>. Acesso em 20 dez. 2011.

2.1.1 O acesso pelo sistema alternativo de abastecimento

As formas de acesso que ocorrem por meio de soluções alternativas de abastecimento de água potável para consumo humano, que no decorrer deste trabalho denomino de ‘acesso pelo sistema alternativo de abastecimento’, se diferenciam da forma denominada de ‘acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento’. O acesso pelo sistema alternativo de abastecimento pode ser definido como toda modalidade de abastecimento individual ou coletiva distinta do sistema clássico, incluindo, entre outras, fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva.

No Brasil, em muitas localidades com escassez hídrica, a exemplo de comunidades rurais do semiárido, as soluções alternativas são as principais responsáveis pelo abastecimento de água da população¹⁹⁷. O poder público do País ainda não garante o serviço público de abastecimento de água a milhares de brasileiros que, por esse motivo, têm que recorrer a soluções muitas vezes precárias, que não asseguram o acesso à água, com qualidade e em quantidade necessária ao consumo humano. Assim, as soluções alternativas quando não eficazes significam a negação do direito de acesso à água potável, ou seja, a ausência de um serviço público essencial que é de responsabilidade do poder público.

Determinados tipos de soluções alternativas podem ser idênticos ao sistema de abastecimento considerado clássico, como as instalações condominiais que utilizam poços artesianos, por exemplo. Nesse caso, a diferenciação está apenas no fato de a responsabilidade não ser do poder público e, sim, do próprio condomínio, ou seja, em determinados casos a diferença entre o sistema clássico e a solução alternativa é, fundamentalmente, de caráter gerencial. No entanto, tal diferença não altera as implicações jurídicas resultantes da negação do direito de acesso à água, especificamente, quanto ao caráter horizontal na aplicação dos direitos fundamentais.

O emprego de soluções alternativas de abastecimento de água pode ocorrer para atender a uma situação transitória ou permanente. No primeiro

¹⁹⁷ HELLER, Léo; PADUA, Valter Lúcio de. (orgs). *Abastecimento de água para consumo humano*. Belo Horizonte, MG: Ed. da UFMG, 2006, p. 304.

caso, destacam-se as situações de emergência de origem natural ou operacional. As de origem natural podem ser por enchentes, secas, tempestades ou poluição por eutrofização, esta verificada quando ocorre a gradativa concentração de matéria orgânica em ambiente aquático utilizado como fonte de abastecimento, processo não antrópico (não provocado pelo homem). As situações de emergência de origem operacional podem ser as derivadas de rompimento de adutoras, corte ou restrição no fornecimento de energia elétrica, paralisação do processo de desinfecção de água, acidentes com produtos químicos junto ao manancial, falta de água por períodos prolongados, paralisação parcial ou total do fornecimento de água.

As situações alternativas têm caráter permanente quando utilizadas por longos períodos, em áreas rurais ou urbanas. As soluções alternativas de abastecimento de água para consumo humano podem envolver a captação, o tratamento, a reservação e a distribuição de água.

As formas de captação de água mais utilizadas nas soluções alternativas de abastecimento são captação em nascente, poço de uso familiar ou coletivo, manancial de superfície e água de chuva. Portanto, diferenciam-se das formas de captação utilizadas no sistema clássico em que a classificação das formas de captação é tradicionalmente definida como “captação em manancial superficial” e “captação em manancial subterrâneo”¹⁹⁸.

A captação de água de chuva para o consumo humano tem sido uma realidade em algumas localidades brasileiras onde não há nascentes e poços. Está em andamento no País um programa que tem como objetivo construir um milhão de cisternas destinadas ao armazenamento de água de chuva na região do semiárido, para beneficiar cerca de 5 milhões de pessoas¹⁹⁹.

Quanto ao tratamento da água nas soluções alternativas de abastecimento, destacam-se a desinfecção solar, a fervura, o uso de desinfetantes a base de cloro, os filtros domésticos, o tratamento domiciliar

¹⁹⁸ TSUTIYA, Milton Tomoyuki. *Abastecimento de água*. 3. ed. São Paulo, SP: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2006, p. 15.

¹⁹⁹ O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - divulgou em julho de 2012 que o Programa Cisternas já beneficiou mais de um milhão de pessoas na Região Semiárida do Brasil. Disponível em < <http://www.ipea.gov.br/desafios>>. Acesso em 09 jul 2012.

com filtros de areia, o emprego de coagulantes naturais e os sachês com produtos químicos. Em muitas situações, a água captada pela população, por meio de soluções alternativas, não é adequada para o consumo humano, por isso, torna-se imprescindível o emprego de alguma técnica de tratamento. Contudo, diferentemente do sistema clássico de abastecimento de água, as soluções alternativas não necessariamente estão sob a responsabilidade do poder público, o que é motivo para preocupação, tendo em vista que é a população mais carente, residente em zonas rurais mais afastadas, que é a principal afetada nessa situação de inefetividade do direito de acesso à água potável.

A intermitência do fornecimento de água em sistemas públicos de abastecimento conduziu a população a criar o hábito de utilizar reservatórios domésticos para armazenar água e utilizá-la quando o fornecimento é interrompido. Essa prática do armazenamento é frequente no Brasil. Em algumas soluções alternativas de abastecimento de água, a reservação é imprescindível, por meio de reservatórios domiciliares (caixas d'água), cisternas ou caixas para armazenamento de água de chuva. Da mesma forma, também são imprescindíveis os cuidados que se deve ter com os reservatórios para evitar a contaminação da água.

Por último, nas soluções alternativas desprovidas de rede canalizada de distribuição de água, o abastecimento ocorre por meio de chafariz, torneiras públicas e veículos transportadores. Normalmente após as captações, seguidas ou não por algum tipo de tratamento, a água é armazenada em algum reservatório dotado de torneira pública ou chafariz para proporcionar o abastecimento da população. Em outras situações, a água é transportada até os moradores por meio de veículos transportadores, populares caminhões-pipa, embora seja comum ainda o transporte por meio de animais.

As formas de acesso à água potável adotadas neste trabalho são referidas na Norma de Qualidade da Água para Consumo Humano, anexo à Portaria nº 518, de 25 de março de 2004²⁰⁰, do Ministério da Saúde, em que o

²⁰⁰ BRASIL. *Ministério da Saúde. Portaria nº 518, de 25 de março de 2004, que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para*

abastecimento de água potável à população brasileira classifica-se em “sistema de abastecimento de água para consumo humano” e “solução alternativa de abastecimento de água potável para consumo humano”, norma essa que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, procedimentos esses a serem observados por todos os responsáveis pelo abastecimento de água, principalmente, os prestadores de serviços públicos.

2.1.2 O acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento

O serviço público de distribuição e abastecimento de água potável e o direito de acesso à água estão intrinsecamente vinculados, ao ponto de parte da doutrina reduzir esse direito ao citado serviço. No entanto, como foi demonstrado, há outras formas alternativas de acesso à água. Contudo, é exatamente por meio de serviços públicos de abastecimento de água potável que se exerce, preponderantemente, o direito de acesso à água.

A forma mais conhecida de acesso é pelo clássico “sistema de abastecimento de água para consumo humano”, que consiste em instalação composta por conjunto de obras civis, materiais e equipamentos, conjunto esse destinado à produção e à distribuição canalizada de água potável para populações, sob responsabilidade do poder público, mesmo que administrado em regime de concessão ou permissão. Esse tradicional sistema de abastecimento de água para consumo humano é o que possibilita o acesso à água por meio do denominado “serviço público”, conteúdo que será aprofundado no último capítulo, quando o problema central da presente investigação será enfrentada, ou seja, será respondida a seguinte pergunta: ‘a fundamentalidade do direito de acesso à água potável é capaz de gerar o dever de fornecimento nos serviços públicos de abastecimento?’

Os serviços públicos essenciais de distribuição e abastecimento de água, prestados diretamente pelo poder público ou mediante delegação,

consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_518.pdf>. Acesso em 20 dez. 2011.

caracterizam-se pela retirada da água da natureza (captação), transporte (adução), armazenamento da água (reservação), tratamento para adequar sua qualidade e distribuição por meio de tubulações.

Neste passo, é facilmente compreensível a importância que têm os serviços públicos de abastecimento para a efetividade do direito de acesso. Os serviços de abastecimento proporcionam, diariamente, um espetáculo visto por bilhões de pessoas que, ao abrirem uma torneira, veem sair a água coletada nos rios, poços ou lagos, depois de percorrer um longo caminho por meio de tubulações, passando pelas fases de tratamento e de armazenamento. O espetáculo somente se completa quando o “homem” atua no papel principal de agente que exerce o direito de acesso à água potável.

O serviço de abastecimento de água potável no Brasil tem o regime jurídico e marco regulatório definido na Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007. O art. 3º define “saneamento básico” como “conjunto de serviços, infra-estrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”²⁰¹.

Na Lei do Saneamento Básico o serviço de abastecimento de água potável é referido assim: “constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição”²⁰²

Em linhas gerais, saneamento básico consiste em um processo complexo que inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento em

²⁰¹ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2011.

²⁰² BRASIL. *Lei nº 11.445*. Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – (...): a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2011.

estações apropriadas (Estação de Tratamento de Águas (ETAs), adução e distribuição, incluindo o transporte da água desde o local de retirada até o de consumo final, culminando com o esgotamento sanitário, isto é, todo procedimento de coleta e purificação das estações de tratamento de esgotos (ETEs)²⁰³.

Os serviços de saneamento básico, como abastecimento de água e coleta/tratamento de esgotos, são serviços públicos por excelência. O setor que compreende a prestação dos serviços de abastecimento público de água às populações e de saneamento das águas residuais e de resíduos urbanos é tradicionalmente denominado de saneamento básico. Para Vitor Schirato, “deve-se ter claro que o serviço de saneamento básico no Brasil (assim como em grande parte dos países do mundo) é, tanto por conta de expressa previsão legal, quanto em razão de suas características intrínsecas, diretamente relacionadas com o interesse da coletividade, considerado serviço público”²⁰⁴.

Outra questão inquestionável é a tendência natural do serviço de distribuição e abastecimento de água potável ao monopólio. É praticamente impensável manter duas malhas dutoviárias paralelas em um mesmo espaço territorial, seja por questões físico-espaciais, seja por questões financeiras. Consequentemente, há apenas um prestador desse tipo de serviço por região geográfica, o que implica ausência de concorrência, razão pela qual esse serviço sempre esteve a cargo do Poder Público²⁰⁵.

Os denominados serviços públicos a domicílio, prestados geralmente por meio de redes, como telefonia, energia elétrica, gás, e outros, apresentam entre si características similares, no entanto, no caso do abastecimento de água potável, por estar envolvido o direito de acesso (direito fundamental conforme será explicitado no decorrer deste trabalho), algumas características são diferenciadas dos demais serviços públicos.

²⁰³ DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

²⁰⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 237, jul/set. 2004, p. 120.

²⁰⁵ DEMOLINER, 2008, p. 148.

Entre essas características pode-se indicar a da impossibilidade de aceitar exceções no princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água potável, mesmo quando os usuários desse serviço público deixam de pagar as tarifas correspondentes, tema que será abordado no tópico 6.1.

Conclui-se que o serviço de abastecimento de água potável, regulado pela Lei do “Saneamento Básico”, consiste em um serviço público que o estado tem o dever de prestá-lo, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização (princípio da generalidade). “É preciso atentar que a eventual delegação da execução do serviço à iniciativa privada não descaracteriza sua natureza de serviço público”²⁰⁶.

Portanto, a principal forma de acesso à água potável ocorre pelo que denomino de ‘acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento’. A legislação e o conjunto de normas que regulam o direito de acesso por meio dessa modalidade serão aprofundados no tópico 2.2.4, no qual se analisará o direito de acesso no ordenamento jurídico brasileiro; sendo que será novamente retomado no último capítulo, quando se analisará o dever de fornecimento de água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento.

Nos próximos tópicos será analisado o direito de acesso no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, verifica-se o tratamento dispensado para o meio ambiente e para as águas na Constituição Brasileira, para logo a seguir, verificar na legislação as água e o direito de acesso, passando pela análise da realidade em dados e em normas jurídicas e, posteriormente, a análise superficial nos ordenamentos de países que constitucionalizaram o direito de acesso à água potável.

2.2 O acesso no ordenamento jurídico brasileiro

Para analisar o direito de acesso no ordenamento jurídico brasileiro é necessário verificar, antes, o tratamento estipulado pelo constituinte ao meio

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003, p.312.

ambiente e às águas, analisar a legislação referente aos recursos hídricos e as implicações dessa no direito de acesso.

2.2.1 O meio ambiente na Constituição Brasileira

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de ser dotada de um capítulo próprio para as questões ambientais²⁰⁷, traduz em vários dispositivos²⁰⁸ o que pode ser considerado um sistema abrangente e atual sobre a tutela do meio ambiente. Ao longo do texto, nos mais diversos Títulos e Capítulos, observa-se o caráter de interdisciplinaridade que é uma das características do Direito Ambiental. Os diversos artigos constitucionais contemplam normas de natureza processual, de natureza penal, de natureza econômica, de natureza sanitária, de natureza tutelar administrativa e, ainda, normas de repartição de competência administrativa.

A Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao meio ambiente, dedicou de forma global referências aos recursos ambientais, diferentemente do que ocorreu com aquelas que a antecederam. “Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão meio ambiente, a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”²⁰⁹.

A Lei Fundamental vigente reconhece que as questões pertinentes ao meio ambiente são de vital importância para a sociedade, seja porque são necessárias para a preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica²¹⁰.

²⁰⁷ Capítulo VI, do Título VIII, dirigido à Ordem Social, art. 225 e seus parágrafos. (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

²⁰⁸ Cf. art. 5º, LXXIII; art. 20, II a XI e § 1º; art. 21, XII, b e f, XIX, XX, XXIII, a, b e c, e XXV; art. 22, IV, X, XII, XXVI; art. 23, II, III, IV, VI, VII, IX, XI; art. 24, I, VI, VII, VIII; art. 26, I, II, III; art. 30, VIII e IX; art. 43, § 2º, IV e § 3º; art. 49, XIV e XVI; art. 91, § 1º, III; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; art. 176 e §§; art. 177, § 3º; art. 182 e §§; art. 186, II; art. 200, VII e VIII; art. 216, V e §§; art. 220, § 3º, II e § 4º; art. 225; e, art. 231.

²⁰⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001, p. 230.

²¹⁰ Princípio constitucional, conforme prevê o art. 170, inciso VI da Constituição Federal.

A norma suprema brasileira define, no *caput* do art. 225²¹¹, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo a corresponsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e preservação.

Examinando os aspectos mais gerais definidos no *caput* do artigo 225, verifica-se que: “o estabelecimento do direito ao ambiente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana é um importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa e socialmente solidária”²¹².

O artigo 225 descreve um direito constitucional de todos, o que, apesar de não estar ele localizado no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não afasta o seu conteúdo de direito fundamental. Para Cristiane Derani, esse direito é explicitado como sendo simultaneamente um direito social e individual: “O caráter jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado é de um bem de uso comum do povo. Assim, a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social”²¹³.

No que se refere ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988, José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala²¹⁴ defendem que o meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, que tem como característica a transindividualidade.

Todo o conjunto de normas do artigo 225 estabelece um rol de ações e abstenções que devem ser observadas pela Administração Pública ou pelos particulares. No interior do citado artigo existem (como exemplo, dentre outras) normas que explicitam um direito da cidadania ao meio ambiente sadio (art.

²¹¹ Constituição Brasileira: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²¹² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 48.

²¹³ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 245.

²¹⁴ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 87.

225 caput), normas que dizem respeito ao direito do meio ambiente (art. 225, § 1º, I)²¹⁵ e normas que explicitam um direito regulador da atividade econômica²¹⁶ em relação ao meio ambiente (art. 225, § 1º, V)²¹⁷.

Portanto, essa variada disposição de normas constitucionais relacionadas ao meio ambiente, normas que são tarefas para o Estado ou direitos fundamentais dos brasileiros, é a confirmação de que estamos diante de um verdadeiro “Estado de Direito Ambiental” na concepção de Germana Parente Neiva Belchior²¹⁸ ou de uma verdadeira “Constituição do Ambiente”, conforme manifestação de Vasco Pereira da Silva²¹⁹, ao fazer referência as fontes do direito ambiental português.

A constitucionalização da proteção do meio ambiente é uma irresistível tendência internacional que surgiu simultaneamente ao processo de consolidação do direito ambiental. Mas, como enfatiza Antônio Herman Benjamin, “constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa”²²⁰. Na elaboração da Constituição Federal de 1988 foram

²¹⁵ Artigo 225:§ 1º, I : “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.

²¹⁶ Referente à atividade econômica há também na C.F. o art. 170, VI, no capítulo “Dos princípios gerais da atividade econômica”.

²¹⁷ Artigo 225:§ 1º, I : “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

²¹⁸ A autora faz referências aos princípios fundantes, que são: os princípios da legitimidade (Estado de Democrático), da juridicidade (Estado de Direito) e o da solidariedade (Estado Ambiental), cujos valores são: a justiça, a segurança jurídica e a sustentabilidade. In BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica e MeioAmbiente: uma proposta de Hermenêutica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental*. 2009. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009, p. 87.

²¹⁹ O autor menciona que as questões ambientais são tratadas em numerosas disposições constitucionais, reconduzidas a dois vetores: tarefas fundamentais do Estado e Direitos Fundamentais, dando origem a uma verdadeira Constituição do Ambiente. In SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 39.

²²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. *O meio Ambiente na Constituição Federal de 1988*. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. p. 363-398. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 363.

utilizadas algumas técnicas de constitucionalização do meio ambiente que merecem ser referidas²²¹.

A técnica dos direitos fundamentais, que consiste em reconhecer a existência de um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e preservado, foi adotada nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. A caracterização de fundamental a esse direito “leva à formulação de um princípio da primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível”²²².

Além disso, é preciso lembrar que, como direito fundamental, ele deve ter aplicabilidade imediata; está numa escala hierárquica superior aos demais direitos e está protegido da atuação legislativa nos processos de revisão e de reformas constitucionais.

Já a técnica dos deveres fundamentais, ora desprezada, ora mal interpretada, é a previsão de deveres constitucionais direcionados à tutela ambiental, em favor dos próprios cidadãos e futuras gerações, ou ainda da própria Natureza. A Constituição de 1988 impõe ao Poder Público e particulares uma série de encargos, sendo fácil identificar um dever geral de não degradar e deveres derivados e secundários, de caráter específico, listados no § 1º do artigo 225²²³.

²²¹ As técnicas de tutela do meio ambiente identificadas na Constituição de 1988 são as referidas por BENJAMIN, Antonio Herman. *O meio Ambiente na Constituição Federal de 1988*. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. p. 363-398. São Paulo: Malheiros, 2005.

²²² BENJAMIN, 2005, p. 382.

²²³ Constituição Brasileira: Art. 225. (...): § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem

A técnica dos princípios é também utilizada pela Constituição brasileira em matéria ambiental, assim como tem sido pelas principais constituições modernas. Tem-se na Constituição brasileira um leque de princípios ambientais, que ora são expressos ou implícitos, ora gerais ou especiais, ora substantivos ou procedimentais. Entre os princípios implícitos estão o já referido princípio da primariedade do meio ambiente, o da explorabilidade limitada e o do uso sustentável dos recursos naturais. Entre os princípios expressos pode-se mencionar o princípio poluidor-pagador e o princípio da função ecológica da propriedade²²⁴.

Destaca-se, ainda, a técnica da função ecológica da propriedade que consiste em impor limites constitucionais ao exercício do direito de propriedade, o qual deve observar o cumprimento de uma função social e de uma função ecológica. A imposição ao proprietário é de que há um dever de exercer o direito/poder em benefício de outrem e não, apenas, de não exercer em prejuízo de outrem. Constata-se assim, que a função social e a função ecológica da propriedade atuam como fonte da imposição aos proprietários de comportamentos positivos - prestação de fazer, e não, meramente, de não-fazer. O artigo 186 da Constituição Federal de 1988 expressa com clareza a adoção da técnica da função ecológica da propriedade quando dispõe que “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (...)”.

A Constituição Federal de 1988 adotou, ainda, a técnica dos objetivos públicos vinculantes (artigo 3º)²²⁵; a técnica dos programas públicos abertos

em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

²²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. *O meio Ambiente na Constituição Federal de 1988*. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. p. 363-398. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392-393.

²²⁵ Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

(artigo 225, § 1º, VI)²²⁶; a técnica dos instrumentos(artigo 225, § 1º, V) e, a técnica dos biomas e áreas especialmente destacados (artigo 225, § 4º)²²⁷.

Para Jose Afonso da Silva²²⁸ o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se em uma preocupação de todos, provocando o surgimento de um novo direito fundamental, previsto na Constituição brasileira, que é o “Direito fundamental à Qualidade do Meio Ambiente”. “A tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida”²²⁹. Essa posição reforça a ideia de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

O professor Vasco Pereira da Silva²³⁰ ao abordar o tema do meio ambiente na Constituição lusitana faz menção de que a Constituição portuguesa trata da problemática ambiental sob dois enfoques. Do ponto de vista objetivo, define como tarefa fundamental do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, bem como a efetivação dos direitos ambientais (art. 9º, alínea d)²³¹ e, ainda, defender a natureza e o ambiente, assim como preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do

²²⁶ Artigo 225:§ 1º, VI : “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

²²⁷ Artigo 225:§ 4º: “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

²²⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59.

²²⁹ SILVA, 2007, p. 70.

²³⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 84

²³¹ CRP: Art. 9º.São tarefas fundamentais do Estado: d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013).

território (art. 9º, alínea e)²³². Do ponto de vista subjetivo, estabelece um direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida (art. 66º)²³³

Portanto, a Constituição Brasileira de 1988 seguiu os passos da Constituição Portuguesa de 1976 ao reconhecer um novo direito fundamental: o direito ao meio ambiente.

Aspecto que deve ser ressaltado é a ponderação que faz Cançado Trindade ao alertar que o reconhecimento de novos direitos humanos não pode ter o efeito de rebaixar o grau de proteção estendida aos direitos existentes: “é de se lamentar que o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio tenha levado alguns ao mal entendido de que poderia ele conflitar com outros direitos, ou com o objeto destes últimos”²³⁴.

Analisando apenas alguns aspectos da proteção ambiental constitucional, é possível concluir que existe uma base legal mínima capaz de assegurar a proteção legal ao meio ambiente. A inclusão de um capítulo próprio sobre o assunto na Constituição brasileira, mesmo considerando que o Direito não se restringe a normas, mas, sim, à aplicação das normas de forma concreta, revestiu-se de importância e foi reflexo da pressão do movimento ecológico pela institucionalização deste que é um dos direitos fundamentais: direito ao meio ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e preservado.

2.2.2 As águas na Constituição Brasileira

Ao analisar as normas constitucionais referentes às águas, é necessário ter bem clara a forma federal adotada pelo Estado brasileiro para, assim, facilmente compreender as regras definidas em relação à competência dos entes federados e da dominialidade sobre as águas e demais bens ambientais.

²³² CRP: Art. 9º. São tarefas fundamentais do Estado: e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;

²³³ CRP: Art. 66: 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...).

²³⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio-ambiente – paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 162.

O Estado federal brasileiro caracteriza-se pela repartição de competências entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal e pela definição da titularidade dos domínios sobre bens. No caso dos recursos hídricos, divide-se em águas de domínio da União e águas de domínio dos Estados.

A Constituição de 1988 alterou profundamente o domínio das águas no Brasil, que passaram a ser públicas, dos Estados (e Distrito Federal) ou da União somente. Com as alterações, acabaram-se as águas pertencentes aos Municípios, bem como as águas particulares, previstas no Código de Águas.

O domínio da União, na forma do determinado pelos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, do artigo 20²³⁵, dispõe que são bens da União, dentre outros, os recursos hídricos localizados em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou que se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Ainda sobre domínio da União, o artigo 176 e seu parágrafo 4º, incluído no capítulo que estabelece os princípios gerais da atividade econômica da Constituição da República Federativa do Brasil, determinam que os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União²³⁶.

No §1º do art. 176 ficou definido, inicialmente, que a exploração e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderiam ser efetuados por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional. No entanto, com a Emenda Constitucional nº 6, a partir de sua publicação em

²³⁵ Constituição Brasileira: Art. 20. São bens da União:...III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; V- os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII – os potenciais de energia hidráulica. (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

²³⁶ Constituição Brasileira: Art. 176. as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra...§4. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

16.08.95, resultado da política governamental de “abertura” ao capital estrangeiro, a exploração e aproveitamento passaram a ser efetuados também por “empresas constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”²³⁷.

No domínio dos Estados, o art. 26, inciso I, da Constituição Federal de 1988²³⁸, arrola as águas que pertencem aos Estados. Para Paulo Affonso Leme Machado, “a redação ampla do art. 26, I, da CF/88 alarga significativamente o domínio dos recursos hídricos estaduais” e, ainda, “com referência aos bens dos Estados brasileiros, a Constituição Federal de 1988 diferenciou-se das anteriores Constituições, que se limitaram a utilizar os termos ‘rios’ e ‘lagos’ (art. 5º da CF/67)”²³⁹.

Maria Luiza Machado Granziera entende que o art. 29 do Código de Águas está derogado, pois esse artigo distribuíra o domínio dos corpos d’água entre União, Estados e Municípios. No atual sistema, sem que se atribua qualquer domínio aos municípios, o critério para determinação do domínio do Estado-membro ou da União sobre lagos é o território que estes ocupam. Quanto aos rios, se a nascente e a foz se localizarem em um só Estado, o rio será estadual. Se seu curso ultrapassar os limites territoriais de um Estado, o rio será federal.²⁴⁰

Quanto à competência, a Constituição de 1988 estabeleceu regras de repartição de competências legislativas e executivas aos entes federados. Para Karine Silva Demoliner: “Os clássicos de Direito Público ensinam que a competência pode ser material ou legislativa e pertencer à União, aos Estados e/ou Distrito Federal e Municípios”²⁴¹.

²³⁷ Parte do parágrafo 1º do art. 176, alterado pela Emenda Constitucional nº 6.

²³⁸ Constituição Brasileira: Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

²³⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 416-417.

²⁴⁰ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo: Ed. Ícone, 1993, p. 48-49.

²⁴¹ DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34.

A competência legislativa sobre águas é exercida privativamente pela União, conforme determinado pelo artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:...IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”.

O parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal prevê a possibilidade de que lei complementar, obviamente federal, possa autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas relacionadas no artigo 22.

Independente de lei complementar que autorize os Estados ou o Distrito Federal a legislar sobre águas, nos incisos VI e VIII, do art. 24 da Constituição Federal²⁴² há várias matérias que estão profundamente relacionadas com os recursos hídricos, e a competência para legislar é concorrente entre os Estados, o Distrito Federal e a União.

Os municípios, apesar de não terem sido contemplados no art. 24, detêm competência para legislar sobre as matérias lá arroladas, desde que observadas as condições estabelecidas pela própria Constituição: tratar-se de assuntos de interesse local e respeitar o disposto nas legislações estadual e federal²⁴³.

Quanto à competência material ou executiva relacionada à água, foram estipuladas à União algumas atribuições como planejar e promover a defesa contra secas e inundações, instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso e instituir diretrizes para os serviços públicos de abastecimento e fornecimento de água (saneamento básico), conforme prevê o art. 21, incisos XVII, XIX e XX²⁴⁴.

²⁴² Constituição Brasileira: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ...VI – Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

²⁴³ GRAF, Ana Claudia Bento. *A tutela dos estados sobre as águas*. in FREITAS, Vladimir Passos de.(Org.). Águas – aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba: Juruá, 2000, p. 60.

²⁴⁴ Constituição Brasileira: Art. 21. Compete à União: ...XVII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX – instituir diretrizes para ... saneamento básico...

O inciso XIX do art. 21 foi regulamentado por meio da Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que: “institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”. Ainda, quanto à competência administrativa, a Constituição Federal determina no art. 23²⁴⁵ que é comum para todos os entes federativos a competência para proteger o meio ambiente e fiscalizar as concessões de exploração de recursos hídricos.

É evidente que, para exercitar tais atribuições, existe a necessidade de que sejam elaborados normas e regulamentos, portanto, cabe sem dúvida, uma produção legislativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre águas, desde que voltada para o combate à poluição e para a proteção do meio ambiente.

Nesse mesmo sentido, Édis Milaré entende que está implícita a competência legislativa do município: “se a Constituição conferiu-lhe poder para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas – competência administrativa - , é óbvio que para cumprir tal missão há que poder legislar sobre a matéria. Acrescente-se, ademais, que a Constituição Federal, entre as inúmeras competências conferidas aos Municípios, entregou-lhes a de, em seu território, legislar supletivamente à União e aos Estados sobre proteção do meio ambiente”²⁴⁶.

Portanto, a competência administrativa do art. 23 está inserida dentro de um contexto que estabelece os entes federativos, seus bens e um complexo sistema de distribuição de competência. Diante de cada caso concreto, deve-se encontrar o ente responsável pela execução de medidas preventivas e corretivas, observando o seguinte caminho: a União tem atribuições para combater a poluição e demais condutas lesivas ao meio ambiente envolvendo o País e uma nação vizinha ou mais de um estado federado, além daquelas que atinjam seus bens; os estados, de igual modo, têm atribuições de controle da atividade poluidora abrangendo dois ou mais municípios dentro do seu

²⁴⁵ Constituição Brasileira: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:...VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas...XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

²⁴⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001, p. 264.

território, além do controle de qualquer atividade efetiva ou potencialmente poluidora em quaisquer de seus bens; os municípios são responsáveis pelas matérias onde predomina o interesse local e que não extrapolem os limites geográficos de seu território.

Em razão do que dispõe o art. Art. 30, inciso V da Constituição, entende-se que o serviço de saneamento básico é de competência dos Municípios: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”²⁴⁷.

Portanto, os serviços de abastecimento de água potável, por serem caracterizados como saneamento básico, são definidos, constitucionalmente, como de competência dos Municípios, por dizer respeito a interesse predominantemente local, apesar de a questão ambiental ser de competência comum dos entes políticos e de que a água a ser captada é um bem estadual ou eventualmente federal.

2.2.3 As águas na legislação brasileira

No Brasil a preocupação com o tratamento jurídico do uso e preservação das águas é antiga. Conforme anota Afrânio de Carvalho, *apud* Paulo de Bessa Antunes, “dentre os chamados recursos ambientais, a água é, provavelmente, aquele que vem sendo tutelado pelo Direito Positivo há mais tempo”²⁴⁸.

O registro da existência das primeiras normas jurídicas que visavam à proteção das águas é efetuado pela autora Ann Helen Wainer. O dispositivo protetor que “expressamente proibia a qualquer pessoa jogar material que pudesse matar os peixes e sua criação ou sujar as águas dos rios e lagoas”²⁴⁹,

²⁴⁷ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

²⁴⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 421.

²⁴⁹ WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 20.

estava previsto nas Ordenações Filipinas, legislação colonial, vigente no Brasil durante os séculos XVI e XVII.

No entanto, o conceito de Direito Ambiental e as normas de proteção às águas, assim como as normas de tutela a todos os bens ambientais, foram somente formuladas com a nova concepção de realmente proteger a natureza a partir de um período muito recente.

Em 1972 a Organização das Nações Unidas realizou a histórica Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, que representou uma tomada de consciência da Comunidade das Nações para uma questão de fundamental importância para a humanidade. Enfim, a poluição começava a ser vista não mais como um mal necessário para o desenvolvimento, mas como esgotadora das capacidades naturais do Planeta²⁵⁰.

Esse evento é um dos marcos da mudança de concepção sobre o meio ambiente, pois a partir desse período os recursos hídricos passaram a ser vistos também como “bens ambientais”²⁵¹ (conforme definição constante no Capítulo 1, tópico 1.4) e a ter maior atenção tanto na proteção jurídica como nas políticas administrativas desenvolvidas pelos governos, inclusive no Brasil.

Segundo Aldo Rebouças²⁵², o Brasil tem uma disponibilidade de 35 mil metros cúbicos de água “*per capita*” por ano – o que significa quase 17 vezes o que tem a Alemanha e quase 10 vezes a França – que é gasta de uma forma completamente irresponsável, gerando crises de abastecimento em várias regiões do país. Até mesmo regiões metropolitanas cercadas por mananciais vêm sofrendo com a escassez de água, decorrente da diminuição da sua

²⁵⁰ NUNES, Jane Elisabeth Cesca. *Instrumentos de tutela ambiental na União Européia e no Mercosul: Um estudo sobre os tributos e o meio ambiente*. Dissertação de Mestrado do Mestrado em Integração Latino Americana/UFSM, 2000.

²⁵¹ Bens ambientais = Bens jurídicos coletivos, que compreendem elementos setoriais do meio ambiente globalmente considerado (KRIEGER, 1998, p. 80). Na definição de FIORILLO, 2001, p. 48): são os de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida, não se confundem com os denominados públicos, nem tampouco com os chamados particulares (ou privados). Relembrando que no tópico 1.4 adotamos a seguinte definição para bem ambiental: é microbem integrante do macrobem ‘meio ambiente’, passível de constituir-se em objeto de relações jurídicas ambientais, bem juridicamente protegido que visa a assegurar um interesse individual ou transindividual e, ainda, transgeracional, de que sejam titulares todos e cada um (do presente e do futuro)..

²⁵² LACERDA, Luiz Drude de, et al., debate com Paulo Afonso Romano, José Galizia Tundisi e Aldo Rebouças, *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 110, jun/95, p.52.

qualidade. A poluição e a degradação do meio ambiente no Brasil aumentam, sobremaneira, os custos do sistema de captação, tratamento e distribuição da água.

Essa preocupante situação na qual se encontra o Brasil é que justifica a existência de uma proteção jurídica bastante avançada, se comparada com os demais países integrantes do Mercosul, na defesa das águas. Além disso, o Brasil, por ser um dos países que têm as maiores reservas de água do planeta, antes mesmo de ter boa parte de suas águas degradadas, já detinha legislação avançada que tratava do assunto: o Código de Águas de 1934²⁵³.

O Código de Águas instituído pelo Decreto nº 24.643²⁵⁴, de 10 de julho de 1934, dispõe sobre a classificação e utilização das águas, dando ênfase ao aproveitamento do potencial hidrelétrico que, na década de 30, do século passado, representava uma condicionante do progresso industrial que o Brasil buscava. Foi o primeiro diploma legal que possibilitou ao Poder Público disciplinar o aproveitamento industrial das águas e foi editado na forma de Decreto, e não de lei, por ser ato do então Governo Provisório decorrente da Revolução de 1930.

A partir da vigência do Código de Águas, os recursos hídricos passaram a ser merecedores de atenção especial do Estado, por meio de mecanismos de intervenção governamental com vistas a garantir a qualidade e a salubridade.

No que tange à poluição das águas, o Código dispõe no artigo 98 que: “são expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a ela preexistentes”. Já no Título VI do Código, que trata das Águas Nocivas, o artigo 109 prevê que: “a

²⁵³ PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005, p. 53.

²⁵⁴ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008.

ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”.²⁵⁵

Não há dúvida de que o Código de Águas representa um marco na legislação brasileira e, se hoje é considerado obsoleto em alguns aspectos, é porque ele estava adequado aos interesses e necessidades da década de 30, quando foi elaborado. Com o passar do tempo as condições econômicas, tecnológicas e hidrológicas da época da elaboração do Código alteraram-se e a norma existente deixou de se adequar à realidade. Por isso, diversos dispositivos do Código de Águas foram derogados pelas legislações posteriores, entre elas a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos²⁵⁶.

A Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, disciplinou a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, dando execução ao disposto no art. 21, XIX, da Constituição, que atribui à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

A Constituição da República Federativa do Brasil é um marco significativo na mudança de concepção sobre o meio ambiente e sua proteção legal. Ao contrário de muitos aspectos inovadores da Carta que ainda não foram regulamentados, as águas, felizmente, estão tuteladas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, sendo que essa legislação não é antagônica à Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)²⁵⁷, ao contrário, ambas são complementares.

Os princípios gerais da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) estão estabelecidos no artigo 1º e seus incisos da Lei nº 9.433/97²⁵⁸. Para

²⁵⁵ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008.

²⁵⁶ Publicada no DOU de 09 de janeiro de 1997, tem como ementa: “Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos...” BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

²⁵⁷ Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, publicada no DOU de 02.09.1981. (BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 25 jul. 2013).

²⁵⁸ Lei nº 9.433/97: Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I – a água é um bem de domínio público; II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III – em situações de escassez, o uso prioritário dos

Paulo de Bessa Antunes, “o principal aspecto que pode ser compreendido destes princípios é que a nova concepção legal busca encerrar com a verdadeira apropriação privada e graciosa dos recursos hídricos”²⁵⁹. O autor cita o exemplo da agricultura e da indústria como sendo os grandes usuários dos recursos hídricos, auferindo vantagens e dividendos com a utilização desses recursos naturais, sem pagar qualquer quantia pela atividade. E acrescenta, “que a recuperação e manutenção das boas condições sanitárias e ambientais dos recursos hídricos é um encargo de toda a sociedade que, com os impostos, subsidia de forma inaceitável diversas atividades privadas”²⁶⁰.

O artigo 3º define as diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos. Entre as várias diretrizes devem ser destacadas as que preveem: a) a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade e b) a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental.

A Política Nacional de Recursos Hídricos possui instrumentos capazes de torná-la exequível, dentre eles, a outorga dos direitos de uso, os planos e a cobrança pelo uso da água. Esses instrumentos estão previstos no artigo 5º e incisos da Lei 9.433/97²⁶¹.

A outorga de direitos de uso de recursos hídricos é considerada pelo autor Edis Milaré o mais importante dos instrumentos da Política Nacional de

recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

²⁵⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 434.

²⁶⁰ ANTUNES, 2002, p. 434.

²⁶¹ Lei 9.433/97: Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I – os planos de Recursos Hídricos; II – o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; III – a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV – a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V – a compensação a municípios²⁶¹ e VI – o Sistema de Informação sobre Recursos Hídricos. (BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

Recursos Hídricos, “visto que é através da outorga dos direitos de uso que ela será efetivamente implantada”²⁶².

O Estado, por meio da outorga, passa a ter controle sobre a captação e o lançamento de efluentes nos corpos d’água. O art. 11 da Lei nº 9.433/97 estabelece que: “Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”.

A outorga deverá ser solicitada à entidade de direito público que tenha a titularidade do corpo hídrico, sendo que se efetivará por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal, por prazo não excedente a trinta e cinco anos, podendo ser renovável²⁶³.

Conforme Paulo de Bessa Antunes, “a outorga deve ser tida como um instituto jurídico administrativo intermédio entre a autorização e a licença administrativa. Embora não seja concedida em caráter precário, igualmente não o é, de forma definitiva”²⁶⁴. O autor justifica sua afirmativa citando o artigo 15 da Lei 9.433/97²⁶⁵, que contém expressa previsão legal das diversas hipóteses nas quais se poderá registrar a suspensão da outorga.

²⁶² MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001, p. 396.

²⁶³ Arts. 14 e 16 da Lei 9.433/97. Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal. § 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União. Art. 16. Toda outorga de direitos de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a trinta e cinco anos, renovável.

²⁶⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 437.

²⁶⁵ Lei 9.433/97: Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

A cobrança pelo uso da água, prevista nos artigos 19 a 22 da lei 9.433/97, está inserida dentro de um princípio geral do Direito Ambiental²⁶⁶ que impõe o pagamento dos custos àquele que, potencialmente, auferir lucros com a utilização dos recursos ambientais.

A Lei 9.433/97, no Título II, a partir do artigo 32, dispõe sobre o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, objetivando coordenar a gestão integrada das águas; arbitrar administrativamente os conflitos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos e, por fim, implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos.

O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH) é integrado pelas entidades elencadas no art. 33 e incisos.²⁶⁷ Esse Sistema, analogamente ao que ocorre com o Sistema Nacional do Meio Ambiente, é nacional e não federal. Por isso, é integrado por órgãos dos três níveis de poder, pelos Conselhos Estaduais e pelos Comitês de Bacia, quer federais, quer estaduais.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica, com fundamentação legal nos artigos 37 a 40 da Lei nº 9.433/97, funcionam como se fossem os parlamentos das correspondentes bacias, onde serão tomadas as principais decisões políticas sobre a utilização das águas.

Portanto, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433/97, explicita a importância das águas para a vida, consagrando a concepção do Direito Público em substituição à ótica do Direito Privado que favorecia interesses individuais ou particulares, em detrimento do bem coletivo.

²⁶⁶ A Lei 6.938/81, ao definir os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 4º, incluiu a imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

²⁶⁷ Lei 9.433/97: Art. 33. Integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: I – o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; II – a Agência Nacional de Águas; III – o Conselho de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; IV – os Comitês de Bacia Hidrográfica; V – os órgãos dos Poderes Públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais, cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; VI – as Agências de Água.

Várias são as normas brasileiras de proteção às águas, pois, além do Código de Águas, das disposições constitucionais e da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, há leis, decretos, resoluções e regulamentos.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), ao relacionar as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão máximo desse sistema, no artigo 8º, inciso VII, assim se referiu às águas: “Art. 8º. Compete ao CONAMA: (...) VII – estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”²⁶⁸.

O CONAMA, no exercício de sua competência, editou a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005²⁶⁹, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, estabelecendo as condições e padrões de lançamento de efluentes.

A Lei nº 7.365²⁷⁰, de 13 de setembro de 1985, dispõe sobre fabricação de detergentes não biodegradáveis, e, especificamente visando à proteção das águas, proibiu a fabricação e a importação de detergentes não-biodegradáveis.

A Lei nº 9.966²⁷¹, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, considera também incluídas, para efeito dessa lei, além das águas marítimas, as águas de rios e lagos.

²⁶⁸ BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm >. Acesso em 25 jul. 2013.

²⁶⁹ BRASIL. *Res. 357 do CONAMA*. Dispõe sobre a classificação dos corpos de Água. Alterada e complementada pela Resolução 430 do CONAMA. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>. Acesso em 03 out. 2012.

²⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 7.365*, de 13 de setembro de 1985. Dispõe sobre a fabricação de detergentes não biodegradáveis. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7365.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

²⁷¹ BRASIL. *Lei nº 9.966*, de 28 de abril de 2000. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

A Lei nº 9.984²⁷², de 17 de julho de 2000, criou a Agência Nacional de Águas (ANA), como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A ANA tem atribuições de órgão técnico e executivo, tendo no rol de competências, definido pela referida lei²⁷³, a engenharia de ações, a operacionalização, a implementação ou a execução das políticas de recursos hídricos.

Ainda é importante citar algumas normas, dentre as várias existentes, que definem regras que envolvem recursos hídricos: O Decreto-lei nº 7.841²⁷⁴, de 08 de agosto de 1945, que instituiu o Código de Águas Minerais; Lei nº 8.617²⁷⁵, de 04 de janeiro de 1993, que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental; o Decreto nº 4.895²⁷⁶, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre a autorização de uso de espaços físicos de corpos d'água de domínio da União para fins de aquicultura; a Resolução CONAMA nº 396²⁷⁷, de 03 de abril de 2008, que dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas.

²⁷² BRASIL. *Lei nº 9.984*, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

²⁷³ Lei 9.984/00: Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: (...).

²⁷⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.841*, de 8 de agosto de 1945, que institui o Código de Águas Minerais. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7841-8-agosto-1945-416551-norma-pe.html> >. Acesso em 02 ago. 2014.

²⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 8.617*, de 4 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18617.htm >. Acesso em 27 jul. 2013.

²⁷⁶ BRASIL. *Decreto nº 4.895*, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a autorização de uso de espaços físicos de corpos d'água de domínio da União para fins de aquicultura. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4895.htm >. Acesso em 03 out. 2013.

²⁷⁷ BRASIL. *Resolução 396 do CONAMA*, de 3 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=562> >. Acesso em 04 nov. 2013.

Por fim, as normas do Decreto nº 5.440²⁷⁸, de 04 de maio de 2005, que estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento e a Lei nº 11.445²⁷⁹, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, serão objeto de análise no próximo tópico, por se tratar de normas que se relacionam com o direito de acesso.

2.2.4 O direito de acesso

No ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma interpretação sistemática do conjunto de normas constitucionais e infra constitucionais, é possível reconhecer que a pretensão de qualquer pessoa de ter acesso à água potável é uma posição jurídica tutelada, portanto um direito que pode ser exigível, tanto na forma de acesso pelo sistema alternativo de abastecimento como pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento²⁸⁰. Nessa última modalidade os titulares do direito de acesso à água potável figuram na condição de usuários dos serviços públicos de abastecimento²⁸¹.

²⁷⁸ BRASIL. *Decreto nº 5.440 de 4 de maio de 2005*. Estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5440.htm>. Acesso 27 ago. 2013.

²⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2011.

²⁸⁰ O Marco Regulatório nacional aplicável aos serviços públicos de abastecimento de água são as seguintes normas: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos”, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”; Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos”; Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que “estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico”; Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que estabelece normas para a execução da Lei nº 11.445 (Todas as normas estão disponíveis em <www.planalto.gov.br>).

²⁸¹ Os titulares do direito de acesso no surgimento do sistema clássico de serviços públicos de abastecimento, quando a administração pública exercia de forma direta a prestação desse tipo de serviço público, figuraram na condição de administrados, posteriormente com a delegação, concessão ou permissão desses serviços para empresas públicas ou privadas os titulares desse direito passaram a ser denominados de “usuários”. Recentemente, com a criação do Estatuto do Consumidor, há uma tendência para denominar os titulares desse direito como consumidores.

O direito de acesso à água potável pode ser facilmente compreendido quando se fala em uso doméstico. É nesse caso que, preponderantemente, os indivíduos têm contato com a água que irão consumir para satisfazer suas primeiras necessidades de vida. Incluem-se em tal categoria de uso a dessedentação, a alimentação e a higiene pessoal²⁸².

Convém lembrar que o uso que atende às primeiras necessidades exige água de boa qualidade. Seu fornecimento, atualmente, depende da captação e tratamento efetuados pelas empresas de saneamento. Os domicílios rurais, geralmente, beneficiam-se das águas captadas por meio de perfuração de poços, enquanto que os domicílios urbanos dependem, basicamente, dos serviços públicos de abastecimento.

Antes de entrar na discussão a respeito das origens e da realidade que abarca o principal instrumento utilizado, atualmente, para garantir a efetividade do direito de acesso à água potável, que é o serviço público de abastecimento de água, é preciso fazer referências à fase anterior denominada “uso comum”²⁸³. Tratando-se do direito de acesso à água, o instituto jurídico do uso comum, previsto em diversas normas, foi o que antecedeu o instituto do serviço público. Antes da implementação do abastecimento populacional por meio dos denominados serviços públicos, o acesso à água se efetivava com o ato de ir até o poço, lago ou rio para se abastecer.

Essa evolução, verificada no direito de acesso, do “uso comum” (existente naquele período do “ter que ir até o reservatório de água para se abastecer”) até o “serviço público de abastecimento” (com o receber a água nas próprias residências ou locais de trabalho por meio dos serviços de distribuição e abastecimento) ocorreu, de forma mais intensa, a partir da revolução industrial e do crescimento das cidades. Para Maurício Pinto, Noelia Torchia e Liber Martin, as causas que determinaram essa evolução foram os problemas sanitários associados à propagação de epidemias.

²⁸² FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2011, p. 42.

²⁸³ Nesse sentido é a tese apresentada pelos autores de que ocorreu uma evolução da fase do “uso comum” à fase do serviço público de abastecimento no direito de acesso à água (PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 6-22).

Consequentemente, no período posterior, surge a conformação dos primeiros sistemas modernos de água potável e saneamento²⁸⁴.

O 'uso comum de água' pode ser caracterizado como aquele que realiza qualquer pessoa, atributo inerente à sua condição de humano, para beber ou saciar sua sede, banhar-se, lavar a roupa ou qualquer outro objeto, em águas de córregos, poços, rios e lagos. Portanto, esse instituto jurídico do uso comum importa o reconhecimento do direito que tem toda pessoa de satisfazer suas necessidades básicas de água, necessidades que derivam de sua condição humana e cujo desconhecimento ou desrespeito produz o impedimento da compreensão da vida em sociedade²⁸⁵.

O 'uso comum' está previsto no Código de Águas brasileiro²⁸⁶ no Título I, denominado "Águas comuns de todos", com a previsão de que é assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, sendo que o acesso deve ocorrer por meio de caminho público. Caso não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir o acesso à água, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios, tudo conforme art. 34 e 35²⁸⁷ do Código de Águas.

Portanto, mesmo que tenhamos evoluído da fase em que preponderava o 'uso comum' para a atual fase dos 'serviços públicos de abastecimento', ainda permanece resquícios da fase anterior na legislação brasileira, tudo isso pelo fato de que parte considerável da população brasileira

²⁸⁴ PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 13.

²⁸⁵ BLANCO, Alejandro Vergara. *Derecho de aguas*. Tomo II. Santiago: Jurícas de Chile, 1998, p.333.

²⁸⁶ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2011.

²⁸⁷ Código de Águas: Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível. Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios (BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2011).

vive no meio rural em locais sem a presença dos serviços públicos de abastecimento de água potável.

Em Portugal, assim como no Brasil até recentemente, aqueles que detinham o uso da terra, proprietários ou posseiros, usufruíam livremente das águas que a banhavam. Dessa forma, o decisivo era a capacidade de exercer controle sobre a terra e, conseqüentemente, sobre os recursos que nela existiam, incluindo-se os recursos hídricos. Restrições a essa situação eram somente as normas que regulavam o direito de vizinhança e o “uso comum”.

Nesse sentido, pode ser referido o Alvará de 27 de Novembro de 1804, que “Dá providências a bem da agricultura, a herdades do alemtejo, em Portugal”²⁸⁸. Esse Alvará procurou conciliar os direitos de propriedade com o direito de acesso à água entre vizinhos, estabelecendo uma série de regras que devem ser observadas para viabilizar o acesso à água. Parte do conteúdo desse Alvará, atendendo solicitação de proprietários de engenhos de açúcar da Bahia, em benefício da agricultura e da causa pública, foi estendido ao Brasil pelo Alvará de 04 de março de 1819, regulamentando a construção e o uso de águas em canais e levadas²⁸⁹.

O art. 6º da lei das águas de Portugal, Decreto nº 5.787-III, de 10 de maio de 1919, garantia o direito de acesso às águas²⁹⁰. Ao comentar tal Decreto, Fernando Pires de Lima enfatiza que “o regime a que estão sujeitas

²⁸⁸ Texto na íntegra do Alvará de 27 de novembro de 1804. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1020.htm>>. Acesso em 03 jan. 2012.

²⁸⁹ Alvará de 04 de março de 1819. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1022.htm>>. Acesso em 03 jan. 2012.

²⁹⁰ Art. 6º. Para os seus gastos domésticos todos podem utilizar a água das fontes, poços e reservatórios públicos a êsse uso destinados, bem como a das correntes de domínio público, quando para elas haja acesso por terreno, estrada ou serventia pública, guardadas as prescrições dos regulamentos e posturas municipais. § 1º. Não havendo acesso à corrente senão por terrenos particulares, serão seus donos indemnizados do prejuízo que possa causar-lhes o trânsito pelos seus prédios. § 2º. Esta servidão só se dará verificando-se que as pessoas ou a povoação que a reclamam não podem haver água doutra parte, sem grande incômodo ou dificuldade (Lei das águas (Decreto nº 5.787-III, de 10 de maio de 1919). Disponível em <http://www.inag.pt/inag2004/port/divulga/legisla/pdf_nac/DomPubHidrico/Dec5787_III_1919.PDF>. Acesso em 04 jan. 2012)

as águas públicas e que, de resto, é o regime de todas as coisas públicas, é o de que a todos é permitido usá-las”²⁹¹.

A regulação do uso comum d’água não fez mais do que reconhecer que o direito de satisfazer as necessidades humanas básicas é uma prerrogativa de todos, sem distinção alguma, sejam ou não proprietários, ribeirinhos, concessionários, nacionais, estrangeiros, etc. Todas as pessoas têm o direito de servir-se de água de que necessitam para sua subsistência²⁹².

O Estado moderno passou por uma evolução na qual o direito incorporou novas instituições para satisfazer necessidades essenciais individuais de importância coletiva, consolidando-se o serviço público de abastecimento de água potável como um mecanismo estatal para assegurar a satisfação do direito de acesso. É claro que atualmente ainda vigoram normas que regulam o uso comum, tendo efetividade, principalmente, nas regiões não abarcadas por redes públicas de abastecimento.

Por fim, a constatação de que o instituto jurídico do “uso comum” e do “serviço público” surgem a partir da compreensão de que “o acesso à água é uma necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica”²⁹³. Portanto, entendo que o acesso à água potável sempre foi reconhecido por todos como uma necessidade humana que deve ser satisfeita para viabilizar a manutenção da vida. A partir da positivação das necessidades humanas como direitos, surge, inicialmente, o instituto jurídico do ‘uso comum’ e, posteriormente, a regulamentação jurídica do acesso à água por meio dos serviços públicos de saneamento básico.

No Brasil é preocupante a realidade apresentada pelos dados estatísticos do saneamento básico. Os níveis de cobertura das redes de água e esgoto são divulgados pelo Sistema Nacional de Informação sobre

²⁹¹ LIMA, Fernando Pires de. *Lições de direito civil : da propriedade das águas*. compil. Armando Ramos de Paula Coelho. - Coimbra : Casa do Castelo, 1939, p. 52.

²⁹² IRUJO, Antonio Embid (coord). *Diccionario de derecho de aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p.949.

²⁹³ PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 2.

Saneamento (SNIS)²⁹⁴ e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo que os dados utilizados neste trabalho são os divulgados pelo SNIS em 2012, referentes ao ano de 2011 e pelo Atlas de Saneamento 2011 do IBGE, que divulga dados coletados em diferentes momentos.

A totalização de dados referentes a 4.975 municípios atendidos com abastecimento de água demonstra que os índices médios nacionais de atendimento da população total (urbana + rural) identificados pelo SNIS em 2011 foram de 82,4% para abastecimento de água e de 48,1% para coleta de esgotos. Considerando somente a população urbana, os dados evidenciam uma melhora no atendimento pelos serviços de água, com índice médio nacional igual a 93%, enquanto que na coleta de esgotos esse índice foi de 55,5%. Portanto, é possível verificar que de cada 100 pessoas que vivem nas cidades, ainda há cerca de 7 que não têm garantido o direito de acesso à água potável fornecida pelos serviços de abastecimento.

No Atlas de Saneamento, publicado pelo IBGE, consta que são 33 municípios que declararam, em 2008, a inexistência de Rede de abastecimento de água. Porém, segundo os resultados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico – (PNSB 2008)²⁹⁵, no caso do sistema de esgotamento sanitário, a situação revela-se preocupante, pois verifica-se a falta de rede coletora de esgoto em 2.495 municípios, distribuídos pelas Unidades da Federação.

Na PNSB 2008, além dos dados sobre os serviços de saneamento, existem informações relativas às principais soluções alternativas quando da ausência de redes básicas de saneamento, no caso do abastecimento de água e esgotamento sanitário. No primeiro, a ausência de rede de distribuição de água é compensada por um número variado de alternativas, como chafariz, poço particular, carro-pipa, corpo d'água, cisternas, bica, etc. Foram identificados 794 municípios no País onde, independentemente da existência de rede geral de abastecimento, ocorreu a distribuição de água por outras

²⁹⁴ Os diagnósticos de saneamento, desde o ano de 1995, encontram-se disponíveis no endereço eletrônico do Serviço Nacional de Informação em Saneamento. Disponível em <www.snis.gov.br>. Acesso em 04 jan. 2014.

²⁹⁵ IBGE. Atlas de saneamento 2011. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em 04 jan. 2014.

formas. Ao adicionar os 33 municípios onde não há rede geral de abastecimento, verifica-se que a ocorrência de fornecimento de água por formas alternativas atingiu o patamar de 827 (14,9%) municípios brasileiros.

Portanto, os dados apresentados demonstram, sem o rigorismo das ciências exatas, mas com a relevância que um tema das ciências sociais tem, que um considerável número de pessoas que residem no Brasil não tem garantido o direito de acesso à água potável para suprir as suas necessidades. Há carência de serviços públicos de abastecimento, tanto daqueles considerados “clássicos”, das redes com água canalizada, como daqueles em que o fornecimento de água ocorre por formas alternativas.

Os serviços públicos de abastecimento d’água no Brasil historicamente estiveram a cargo do Poder Público que executa tais serviços por meio de empresas estatais. No entanto, a partir de 1990, com início do programa de desestatização das empresas públicas, implementado pela Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990²⁹⁶, reforçado pela nova Lei das Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²⁹⁷, esses serviços passaram a ser executados em vários municípios brasileiros por empresas privadas no regime de concessão de serviços públicos.

No ano de 2010, os dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON)²⁹⁸ indicavam que as empresas privadas do ramo atendiam 13,9 milhões de pessoas, em 216 municípios. Em agosto de 2014, os dados divulgados pela ABCON demonstravam que as empresas privadas estão presentes em 297 municípios, atendendo 27 milhões de pessoas. Atualmente, os serviços de abastecimento d’água (saneamento básico) são prestados, ainda, na maior parte dos Municípios, por operadores públicos: há mais de 20 Companhias

²⁹⁶ Posteriormente essa lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que “Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 05 dez. 2013.

²⁹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995, que Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 05 dez. 2013.

²⁹⁸ Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON). Disponível em <http://www.abcon.com.br/perf_03.php>. Acesso em 04 ago. 2014.

Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) que atendem aproximadamente 3.300 Municípios e 1.800 sistemas municipais autônomos.

Antes desse processo de transferência parcial dos serviços públicos à iniciativa privada, constatava-se a existência de duas fases distintas na prestação dos serviços públicos de abastecimento d'água. Na primeira fase que vai até 1967 os serviços são prestados basicamente pelos municípios. Na segunda fase que vai de 1967 a 1990 ocorre a centralização, na União, das políticas de saneamento, com a promulgação da Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967, que Instituiu a Política Nacional de Saneamento e criou o Conselho Nacional de Saneamento. Posteriormente, a partir dessa lei surge o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) e o incentivo para que fossem criadas nos Estados as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) para atuarem em diversos municípios, executando os serviços públicos de abastecimento e esgotamento sanitário de acordo com as políticas formuladas em nível nacional²⁹⁹.

A competência para organizar e prestar os serviços públicos de abastecimento, de acordo com o Art. 30, inciso V da Constituição³⁰⁰, é dos municípios. Por outro lado, a Constituição atribui aos Estados a possibilidade de instituir regiões metropolitanas constituídas por agrupamento de Municípios a fim de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, parágrafo 3º)³⁰¹. Considerando que o serviço de captação, de tratamento e de distribuição de água é de interesse comum de Municípios limítrofes e, ainda, que os serviços nas regiões metropolitanas representam a maior parte do faturamento do setor de saneamento, isso tem gerado conflitos entre Estados e Municípios pela

²⁹⁹ Karine Silva Demoliner é autora da tese de que a segunda fase inicia no ano de 1970. (DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-113).

³⁰⁰ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

³⁰¹ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*: “Art. 25(...), § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

titularidade desses serviços. Os Estados procuram definir a prestação desses serviços por meio das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) e os municípios utilizam-se da prerrogativa de ser o poder concedente para firmar contratos de concessão desses serviços às empresas privadas³⁰².

Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, a questão da competência acerca da titularidade para prestação ou delegação dos serviços públicos de abastecimento de água tem gerado disputas entre Municípios e Estados. Ao ser elaborada a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, essa polêmica também esteve presente a ponto de constar no projeto de lei original a titularidade exclusiva dos Municípios para os serviços de saneamento sobre as regiões metropolitanas; no entanto, a solução consensual encontrada pelos legisladores foi esperar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1842/RJ³⁰³ e deixar na Lei nº 11.445 apenas cláusulas gerais e a expressão “titular dos serviços”, nos Arts. 8º e 9º, quando faz referências ao ente executor ou concedente dos serviços públicos de água e esgoto.

Portanto, entendo que o direito de acesso exercido pela forma clássica dos serviços públicos de abastecimento pode também ser regulamentado por meio de legislação municipal. É o município o ente federativo competente para delegar ou conceder os serviços públicos de fornecimento de água para empresas públicas ou particulares, penso que é o município que deve instituir as regras de interesse local necessárias para tornar efetivo esse direito. Convém ressaltar, ainda, que independentemente das empresas prestadoras desses serviços serem públicas ou privadas é o município o responsável por exigir dos prestadores dos serviços públicos de abastecimento a universalidade no atendimento, para que a triste realidade brasileira seja alterada e todos tenham garantido o direito de acesso à água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento.

³⁰² Há várias decisões nos tribunais brasileiros sobre esse conflito, ora decidindo pela titularidade dos municípios, ora pela dos Estados (DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 149-167).

³⁰³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 1842/RJ, julgada em 06.03.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1714588>>. Acesso em 24 jun. 2013.

Em Portugal, assim como na Europa³⁰⁴, verifica-se que a regra aplicável sobre a titularidade desses serviços é de que a titularidade pertence às entidades ou coletividades locais, lembrando que titularidade não significa ser responsável direto pela sua gestão. Atualmente, a organização deste setor, diferente da sistematizada no Brasil, divide-se em alta e baixa³⁰⁵, a qual é também utilizada na Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália, Espanha e França³⁰⁶.

Em Portugal, com a revolução democrática de 1974 dá-se, num primeiro momento³⁰⁷, uma inflexão no sentido da criação das regiões de Saneamento Básico, com a “Resolução do Conselho de Ministros de 23 de Janeiro de 1976”, por se reconhecer que a generalidade das autarquias não possuía condições para se desincumbir destas atribuições, por não disporem dos meios humanos, técnicos, financeiros e institucionais necessários para o efeito³⁰⁸.

Com o advento da Lei nº 46/77, de 8 de julho, proibiu-se às empresas privadas e outras entidades da mesma natureza, o acesso a captação, tratamento, distribuição de água para consumo e saneamento. A justificativa dos defensores desse regime jurídico era de que Portugal deveria proteger suas águas, além de proteger, deste modo, sua economia e seus cidadãos.

A adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia que teve lugar em 1986, criou uma situação nova ao impor padrões de qualidade ambiental e de saúde pública a que o setor teve de se adaptar e ao permitir o acesso do Estado português a subsídios comunitários para o setor. O cumprimento das obrigações decorrentes das disposições do direito

³⁰⁴ Com exceção do modelo instituído em Inglaterra e no País de Gales.

³⁰⁵ No serviço de abastecimento de água são designados por sistemas “em alta” os encarregados da captação, tratamento e venda de água aos sistemas “em baixa”, responsáveis pela sua distribuição às populações. A respectiva classificação, que esteve no cerne da criação dos chamados sistemas multimunicipais e dos sistemas municipais, corresponde, respectivamente, às atividades “grossista” e “retalhista” no setor de abastecimento de água.

³⁰⁶ SERRA, Pedro Cunha. *A regulação da água em Portugal*. Fundación Nueva Cultura Del Agua. Fórum Lo Público y lo privado en la gestión del agua. Madrid/Lisboa, 2004, p. 9. Disponível em <www.fnca.eu/fnca/docu/docu35.pdf>. Acesso em 16/01/2012.

³⁰⁷ Antes da Revolução de abril de 1974, o setor de saneamento, mais especificamente o serviço de abastecimento de água para o consumo humano, foi regulado por normas que previam esse serviço como público essencialmente municipal, embora, verifica-se que era forte a co-participação do Estado nos investimentos em redes de água e esgoto (MAÇAS, Fernanda. Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luis Silva; GONÇALO, Anastácio (orgs). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 511-512).

³⁰⁸ SERRA, 2004, p. 7.

comunitário em matéria de ambiente, no que se refere à qualidade da água para consumo humano, ao tratamento de águas residuais urbanas e ao tratamento de resíduos sólidos urbanos, implicavam altíssimos investimentos.

Assim, até 1993, em Portugal, o setor de abastecimento e distribuição de água, de drenagem e tratamento de águas residuais e de recolha e destino final de resíduos sólidos foi exclusivamente público³⁰⁹. Com a publicação do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de outubro, as atividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas multimunicipais³¹⁰, passaram, também, a ser exercidas, em regime de concessão, por empresas resultantes da associação de entidades do setor público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente majoritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas. Assim, mediante a figura da concessão, foi possibilitado à iniciativa privada participar desse setor de serviços.

A partir de 1993, ocorreram mudanças consideráveis nos serviços de abastecimento de água para o consumo humano em Portugal³¹¹. Iniciou-se esse processo de alterações com a abertura a capitais privados, ao mesmo tempo, separando a “alta” da “baixa” e, mais tarde, com a instituição de uma entidade reguladora. Rui Cunha Marques afirma que se observa “Sobretudo nas últimas duas décadas, grandes desenvolvimentos ao nível do acesso, da qualidade do serviço (...). Em particular, o sucesso do modelo regulatório tem

³⁰⁹ MOREIRA, Vital; OLIVEIRA, Fernanda Paula. Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos. In Estudos de regulação pública, Tomo I, Direito Público e Regulação nº5 CEDIPRE. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 25.

³¹⁰ Pelo Decreto-Lei nº 372/93 consideram-se, respectivamente, sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, e sistemas municipais todos os demais, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios.

³¹¹ No que diz respeito ao direito de acesso à água potável, verifica-se que o setor de águas em Portugal, com um marco regulatório abrangente e com a ampliação dos serviços públicos de abastecimento, tem demonstrado uma evolução positiva tendo permitido o acesso generalizado destes serviços à quase totalidade da população portuguesa. Portanto, o direito de acesso é exercido basicamente por meio dos serviços públicos de abastecimento de água para o consumo humano.

sido um aspecto amplamente reconhecido, tanto em termos nacionais como internacionais”³¹².

No Brasil, quando o acesso é exercido por meio dos serviços públicos, o direito de acesso, na dimensão ou perspectiva objetiva, pode ser compreendido como a correlativa prestação definida como de responsabilidade dos poderes públicos, notadamente, como um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, especialmente, os de âmbito municipal (no interesse local).

No mesmo sentido, penso que o direito de acesso enquanto direito objetivo faz emergir o dever de garantir o fornecimento de água potável, principalmente, por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento (tese que defendo e que será justificada no último capítulo). Esse dever implica para o Estado a adoção de políticas públicas relevantes para cumprir com as suas responsabilidades.

É preciso lembrar, outrossim, o consenso doutrinário de que “o direito subjetivo não pode ser concebido sem correspondência com o direito objetivo, com o qual forma uma díade inseparável”³¹³. Portanto, as normas objetivas que regulam o abastecimento de água potável por meio dos serviços públicos é que instituem o direito subjetivo de acesso à água potável. Nesse sentido, a lei que dispõe sobre a política nacional de saneamento básico no Brasil, Lei nº 11.445/2007, estabelece regras e princípios que, numa dimensão objetiva, guardam correspondência com o direito subjetivo de acesso.

Não podemos esquecer que existe direito subjetivo quando a situação subjetiva implicar a possibilidade de uma pretensão juridicamente possível, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem, assim o artigo 2º da Lei nº 11.445/2007³¹⁴, ao estipular que os serviços públicos de

³¹² MARQUES, Rui Cunha. A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais - Uma perspectiva internacional. Lisboa: ERSAR, 2011, p. 203.

³¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 257.

³¹⁴ Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I – (...); III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; (...).BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13

saneamento básico (abastecimento de água e outros serviços) deverão ser prestados nas formas adequadas à saúde pública e à proteção do ambiente, institui um dever(abastecimento de água de forma adequada) que se consubstancia em múltiplas tarefas e várias obrigações, respaldando a pretensão de acesso à água potável, sendo essa pretensão exigível por estar estreitamente vinculada à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

Outra norma que estabelece disposições que guardam correspondência com o direito subjetivo de acesso é a Lei das águas (Lei 9.433/1997) que no seu artigo 11 estipula que “O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”³¹⁵. Portanto, nítida está a definição do legislador em adotar o regime de outorga³¹⁶ de direitos de uso das águas com a finalidade de possibilitar o efetivo exercício do direito subjetivo de acesso à água potável.

O direito subjetivo de acesso à água potável também é concebido a partir do conjunto de normas constitucionais, dispostas numa dimensão objetiva³¹⁷, que instituem direitos e deveres para o Estado e para a sociedade de proteção ao ambiente, visando a uma sadia qualidade de vida.

Ainda, na dimensão ou perspectiva subjetiva, o direito de acesso à água potável é posição jurídica ocupada por pessoas que figuram na condição de titulares de pretensão cujo conteúdo e significado têm uma relação estreita com a promoção e o respeito à dignidade humana. Portanto, esse direito comporta o ato de acessar a uma quantidade mínima de água potável que seja

de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2011.

³¹⁵ BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

³¹⁶ Lei 9.433/97: “Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo (...)”.

³¹⁷ A exemplo do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

capaz de atender as necessidades humanas diretamente vinculadas à vida digna, notadamente, água para dessedentação, para preparação dos alimentos, para a higiene pessoal e para outros usos relacionados à dignidade do homem.

Nesse sentido, a Lei nº 11.445/2007, no seu artigo 9º³¹⁸, estipula o dever para o Estado de formular política pública de saneamento básico com a adoção de parâmetros que garantam o atendimento dos serviços de abastecimento de água, inclusive quanto ao volume mínimo de água por pessoa e quanto aos padrões de potabilidade, essenciais à saúde pública.

Portanto, normas como essas, acrescidas da interpretação sistemática do conjunto de normas constitucionais, é que nos dão a certeza de que estamos diante de uma norma de direito subjetivo que prevê o direito de acesso à água potável. Caso estivéssemos diante de uma norma que enunciasse apenas uma possibilidade de pretender algo, sem a garantia de sua concretização na vida das pessoas, estaríamos perante uma mera aparência de direito, o que não é o caso, porque o acesso à água (o algo pretendido por um sujeito) é concretamente devido (e exigível do outro sujeito).

O direito que emerge de todas as possíveis formas de acesso é capaz de gerar deveres para o ente estatal e pretensão judicializável para os seus titulares. Esses deveres poderão consistir em obrigações diversas para o Estado como as de respeito, de proteção e de realização. A obrigação de respeitar consiste no impedimento aos órgãos estatais de adotarem medidas que tenham como consequência a negação de acesso à água potável. A obrigação de proteger significa que ao Estado cabe adotar medidas destinadas a evitar que órgãos estatais ou particulares obstaculizem o acesso das pessoas à água potável. A obrigação de realizar deve ocorrer por meio de ações que o Estado adota para efetivar o acesso à água, tomando medidas concretas, principalmente destinadas àqueles que necessitam de políticas públicas para

³¹⁸ Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I – (...); III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; (...).BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

exercer o direito de acesso à água potável. Assim, como decorrência dessas obrigações para o Estado, verifica-se o correlativo direito de judicializar as pretensões jurídicas não observadas, relacionadas ao direito de acesso à água potável.

Por fim, penso que o direito de acesso pela importância que tem, tanto para a sociedade quanto para o Estado, deve ser reconhecido como um direito que vá além de uma simples posição jurídica ocupada por quem na condição de titular exerce-o com a finalidade de satisfazer uma necessidade humana. Entendo que essa pretensão jurídica ao ser tutelada pelo direito deve ter um tratamento diferenciado por se tratar de uma posição jurídica estreitamente vinculada ao resguardo e à promoção da dignidade humana, portanto, um direito alçado à condição de direito fundamental.

O direito de acesso à água potável reconhecido como um direito materialmente fundamental é o tema do capítulo 4. Antes, porém, analisa-se, no próximo capítulo, o processo de reconhecimento de um direito como fundamental e no próximo tópico, verifica-se o reconhecimento formal da fundamentalidade do direito de acesso à água potável nos Estados em que esse direito está expresso nas constituições como um direito fundamental.

2.3 Estados que constitucionalizaram o direito de acesso à água

Os Estados têm positivado o direito de acesso à água com distintas hierarquias normativas e distintos conteúdos, contemplando na forma expressa ou de maneira implícita a existência de um direito subjetivo de acesso à água para o consumo humano, por vezes, fazendo menção a um direito fundamental de acesso a um serviço público essencial, em outras situações fazendo constar de forma genérica o direito à água.

Em alguns Estados o direito de acesso à água potável é conteúdo enumerado expressamente entre os direitos fundamentais na própria Carta Magna. Em outros, a caracterização desse direito como fundamental depende de interpretações a partir de normas constitucionais que garantam a abertura constitucional aos direitos fundamentais por meio da cláusula de abertura (conteúdo que será tratado no capítulo 4).

Na concepção formal de Direitos Fundamentais, concordando com a definição Alexyana³¹⁹ de que os direitos fundamentais em sentido formal são todos os direitos positivados nas constituições como tais, verifica-se que o direito de acesso à água é direito fundamental no sentido formal apenas em constituições que assim o preveem, como nas Constituições dos Estados que, de forma exemplificativa se analisam nesta seção.

A Constituição Uruguaia, por força de Emenda Constitucional de 2004, elevou o direito de acesso à água e de acesso ao saneamento básico à categoria de direito humano fundamental, definindo em seu artigo 47, caput³²⁰, que a água é um recurso natural essencial para a vida.

Essa decisão de fundamentalização formal do direito de acesso à água foi respaldada por consulta plebiscitária realizada no ano de 2004, que habilitou a reforma da Constituição para declarar a água como bem público e proibir a privatização de serviços de distribuição e saneamento. Pouco depois dessa decisão, foram canceladas as concessões das empresas Águas da Costa, da espanhola Águas de Barcelona (filial da Suez) e Uruguá (subsidiária, por sua vez, da Águas de Bilbao) que controlam o serviço de abastecimento no departamento de Maldonado. Entretanto, as companhias recorreram ao Centro Internacional de Acerto de Diferença de Investimentos (CIADI), do Banco Mundial, para conseguir ressarcimentos. “O Uruguai é o único país que submeteu a plebiscito a questão da água. E 65% da população votaram pela água como um direito de todos, inalienável e sagrado, contra aqueles que querem convertê-la em um negócio de poucos”.³²¹

³¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 520-523. No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 7-12.

³²⁰ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47. “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.” Disponível em <<http://uruguay.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-uruguay/>>. Acesso em 02 fev. 2012.

³²¹ GALEANO, Eduardo. Entrevista ao jornalista Marcelo Ninio, Caderno Mundo, do Jornal Folha de São Paulo do dia 01.03.2005.

O artigo 47, 1, b³²², da Constituição Uruguaia prevê a política de gestão das águas, determinando que o planejamento, gestão e controle dos recursos hídricos terão como unidades básicas as bacias hidrográficas e deverão ser efetuados com a participação da sociedade. O mesmo artigo³²³ prevê, também, que o abastecimento de água potável à população deve ser a prioridade da política de gestão e que³²⁴ as águas subterrâneas assim como as superficiais constituem um recurso unitário subordinado ao interesse geral sob o domínio público estatal.

A constitucionalização da preocupação com os recursos hídricos, inclusive os subterrâneos, deve-se ao fato de o Uruguai estar geograficamente localizado em uma região abundante de água. Cerca de 58.000 Km² do território uruguaio são abrangidos por um dos maiores aquíferos do mundo, o Aquífero Guaraní que tem grande importância como fonte hídrica de alta qualidade para suprimento de água potável em cidades, para a utilização na indústria, para exploração como estâncias hidrotermais e para irrigação agrícola³²⁵.

O reconhecimento pelo próprio Estado Uruguaio de que tem um território privilegiado em recursos hídricos e de que considera o “acesso à água” como um verdadeiro direito humano está expresso no dispositivo constitucional que estabelece a possibilidade de lei definir a autorização de fornecimento solidário de água a outros países quando ocorrer necessidade

³²² Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47, 1, b: “La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en: la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas”.

³²³ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47, 1, c: “ el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones”.

³²⁴ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47, 2: “Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico”.

³²⁵ PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: : a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005, p.33.

por desabastecimento (art. 47, 4)³²⁶. Portanto, destaca-se desse dispositivo, além da constatação de ser um país detentor de água em abundância, a definição da solidariedade internacional em relação aos seres humanos de outras nações.

Na América do Sul vários Estados efetuaram recentes mudanças na organização política aprovando novos textos constitucionais. Nesse contexto é que a nova Constituição da Bolívia, aprovada mediante consulta popular em 25 de janeiro de 2009, estabelece os direitos e obrigações em matéria ambiental, definindo os recursos ambientais como propriedade do povo boliviano. No preâmbulo³²⁷ da Nova Constituição Política do Estado está definido que a Bolívia é um Estado que se baseia no respeito e igualdade entre todos, com princípios definidos, onde deve predominar a busca do 'bem viver', com respeito à pluralidade económica, social, jurídica, política e cultural dos seus habitantes, na convivência coletiva com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos.

Os artigos 373 a 377 do capítulo V, denominado "recursos hídricos", do Título II "Medio Ambiente, Recursos naturales, Tierra e Territorio", da IV Parte, intitulada "estructura y Organización Económica del Estado", da Nova Constituição Política do Estado, dispõem sobre princípios, gestão, titularidade e demais regras aplicáveis às águas. O Art 373, I³²⁸, da Constituição boliviana define postulados básicos relacionados aos recursos hídricos, entre eles o de que a água é um direito fundamental para a vida e de que o Estado promoverá o uso e o direito de acesso à água, tendo como base os princípios da

³²⁶ Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Artigo 47, 4: "La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad"

³²⁷ Preâmbulo na Nova Constituição da Bolívia "Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos". Disponível em <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>>. Acesso em 03 fev. 2012.

³²⁸ Constituição da Bolívia: "Art. 373, I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad". Disponível em <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>>. Acesso em 03 fev. 2012.

solidariedade, complementaridade, reciprocidade, equidade, diversidade e sustentabilidade.

No artigo 374, I³²⁹, estipula-se que o Estado protegerá e garantirá o uso prioritário da água para a vida, reforçando que é dever do Estado gerir, regular, proteger e planejar o uso adequado e sustentável dos recursos hídricos, com participação popular, garantindo o acesso à água para todos os habitantes da Bolívia, mediante condições e limitações estabelecidas por lei. Portanto, o direito de acesso à água potável é um direito fundamental formalmente reconhecido pela Constituição do Estado Boliviano e será exercido de acordo com as condições e limitações definidas pelo legislador infraconstitucional.

Na Constituição Política da Colômbia, proclamada em 04 de Julho de 1991, na parte que estabelece o regime econômico, o Artigo 334³³⁰ dispõe que a direção geral da economia estará a cargo do Estado, que regulará, de acordo com a lei, a exploração dos recursos naturais, o uso da terra, a produção, distribuição, utilização e consumo dos bens e os serviços públicos e privados, com o objetivo de alcançar melhor qualidade de vida dos habitantes, a distribuição equitativa de oportunidades e benefícios do desenvolvimento e da preservação do ambiente. Dispõe, ainda, que o Estado intervirá para o pleno emprego dos recursos humanos e para assegurar que todos, em especial as pessoas de menor renda, tenham acesso a bens e serviços básicos.

Por sua vez, no capítulo da finalidade social do Estado e dos serviços públicos, o Artigo 366³³¹ define que o bem estar geral e a melhor qualidade de

³²⁹ Constituição da Bolívia: “Art. 374, I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos”.

³³⁰ Constituição da Colômbia: “Art. 334.— La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (...)”. Disponível em < <http://wsp.presidencia.gov.co>>. Acesso em 06 fev. 2012.

³³¹ Constituição da Colômbia: “Art. 366.— El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su

vida da população são finalidades sociais do Estado. Será objetivo fundamental de sua atividade a solução das necessidades não satisfeitas de saúde, educação, saneamento ambiental e água potável. O Artigo 367³³², na sua primeira parte, fixa que a lei deve especificar as competências e responsabilidades relativas à prestação dos serviços públicos, referente a qualidade, cobertura e financiamento, bem como o regime tarifário que deverá levar em conta os critérios de custo, solidariedade e redistribuição de renda. Já o Artigo 368³³³ estipula que o poder Público poderá conceder subsídios em seus orçamentos para que as pessoas de baixa renda possam pagar as tarifas dos serviços públicos que atendam às suas necessidades básicas.

A Constituição do Equador de 1998, no seu artigo 23, já previa que o Estado reconheceria e garantiria às pessoas o direito à água potável. A Constituição de 2008 avançou substancialmente nessa matéria, estabelecendo no artigo 3º, 1º³³⁴, como dever primordial do Estado a garantia do efetivo gozo do direito à água para os seus habitantes. No artigo 12º³³⁵, define o direito à água como um direito humano, fundamental e irrenunciável. E o bem ambiental “água” como um patrimônio nacional de uso público, inalienável, imprescritível, não embargável e essencial para a vida.

São vários os artigos da Constituição referendada pelo povo do Equador em 2008 que fazem referência ao direito à água. O Art. 32º³³⁶ contém a

actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

³³² Constituição da Colômbia: “Art. 367.— La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”.

³³³ Constituição da Colômbia: “Art. 368.— La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

³³⁴ Constituição do Equador: “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (...)”. Disponível em < <http://www.presidencia.gob.ec>>. Acesso em 07 fev. 2012.

³³⁵ Constituição do Equador: “Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

³³⁶ Constituição do Equador: “Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, (...)”.

previsão de que o direito à saúde é garantido pelo Estado, cuja realização se vincula ao exercício de outros direitos, dentre eles o direito à água. No Art. 66, 2³³⁷, incluído no Capítulo referente aos direitos de liberdade, é reconhecido e garantido para as pessoas o direito a uma vida digna, com saúde, alimentação, água potável, dentre outros bens e serviços necessários. Os outros artigos que se relacionam diretamente com o direito à água são: 15, 411, 412 e 413.

A constituição da República da Nicarágua, de 9 de janeiro de 1987, com suas posteriores reformas, dispõe no artigo 105³³⁸ que é obrigação do Estado promover, facilitar e regular a prestação dos serviços públicos básicos de energia, comunicação, água e transportes, infraestrutura viária, portos e aeroportos para a população, sendo direito inalienável o acesso a esses serviços. (...).

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, conforme redação atual, incluída a reforma publicada no dia 9 de janeiro de 2012, define no seu artigo 4º³³⁹ que toda pessoa tem direito de acesso à água e saneamento, direito à água para o consumo pessoal e doméstico, suficiente, saudável, aceitável e acessível. Esse direito é garantido pelo Estado e a lei deve definir as bases, parâmetros e dispositivos para o acesso e utilização equitativa e sustentável dos recursos hídricos, estabelecendo a participação do Poder Público, assim como a participação da cidadania para atingir esses fins.

Entre as constituições africanas que abordam o direito de acesso à água está a Constituição da República da África do Sul, aprovada em 4 de

³³⁷ Constituição do Equador: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 1.(...). 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

³³⁸ Constituição da Nicarágua: “Art. 105 Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. (...)”. Disponível em < www.asamblea.gob.ni>. Acesso em 07 fev. 2012.

³³⁹ Constituição do México: “Art. 4º. (...) Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. (...)”. Disponível em < <http://www.diputados.gob.mx>>. Acesso em 15 fev. 2012.

Dezembro de 1996, que dispõe no artigo 27^o,1 e 2³⁴⁰, que todos têm o direito de ter acesso a serviços de saúde, incluindo cuidados de saúde reprodutiva; alimentos e água suficientes; e, segurança social, incluindo, se eles são incapazes de sustentar a si e seus dependentes, assistência social adequada. O Estado deve tomar razoáveis medidas legislativas e outras, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos.

A Constituição de Uganda, de 1995³⁴¹, na parte dos “Objetivos Gerais Sociais e Econômicos”, Artigo XIV, afirma que o Estado deve se esforçar para cumprir os direitos fundamentais de todos os ugandenses, a justiça social e o desenvolvimento econômico e devem, em particular, assegurar que ... (b) todos os ugandenses podem gozar de direitos e oportunidades e de acesso à educação, serviços de saúde, água limpa e potável, abrigo decente, vestuário adequado, segurança alimentar, e de pensões e benefícios previdenciários. Na parte dos “Objetivos nacionais e princípios diretivos da política de Estado”, no artigo XXI, dispõe que o Estado deve adotar todas as medidas práticas para promover o acesso à água de boa qualidade com sistema de gestão em todos os níveis.

Na África, outros dois países que garantem em suas Constituições o direito de acesso à água são o Quênia e a República Democrática do Congo. No Quênia, em 2005, um novo projeto de Constituição foi proposto, incluindo tanto o direito à água como o direito ao saneamento básico. No artigo 65 ficou garantido que toda pessoa tem o direito à água em quantidades adequadas e

³⁴⁰ Constituição da África do Sul: “27. Health care, food, water and social security: 1. Everyone has the right to have access to a) health care services, including reproductive health care; b) sufficient food and water; and, c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. Disponível em <<http://www.info.gov.za>>. Acesso em 15 fev. 2012.

³⁴¹ Constituição de Uganda. “Art. XIV. General social and economic objectives. The State shall endeavour to fulfill the fundamental rights of all Ugandans to social justice and economic development and shall, in particular, ensure that— (...) (b) all Ugandans enjoy rights and opportunities and access to education, health services, clean and safe water, work, decent shelter, adequate clothing, food security and pension and retirement benefits”. (...)XXI. Clean and safe water. The State shall take all practical measures to promote a good water management system at all levels. Disponível em <<http://www.justice.go.ug>>. Acesso em 15 fev. 2012.

de qualidade razoável. No artigo 66 está garantido que toda pessoa tem direito a um padrão razoável de saneamento. Na República Democrática do Congo o artigo 48 da Constituição, de 2006, afirma que o Estado deve garantir o direito a uma habitação decente, acesso à água potável (...) ³⁴².

A Constituição de 1987 da República das Filipinas, no seu artigo XIII ³⁴³, “Justiça Social e Direitos Humanos, seção I, dispõe que o Congresso dará prioridade à aprovação de medidas que protejam e melhorem o direito de todos os povos à dignidade humana(...), na seção XI, dispõe que o Estado deve adotar uma abordagem integrada e abrangente para o desenvolvimento da saúde que deverá permitir disponibilidade, a um preço acessível e para todas as pessoas, de bens essenciais, de saúde e de outros serviços sociais.

Algumas constituições garantem o direito de acesso à água com limitações de ordem econômica, como a Constituição da Etiópia, de 1995, ao estabelecer, no art. 90, que todo cidadão tem direito à água limpa, na medida em que os recursos do país permitirem. Da mesma forma, a Constituição da Zâmbia dispõe no art. 112, que o Estado deverá esforçar-se para prover água limpa e de qualidade.

Em outras situações não há o direito de acesso de forma expressa, mas há dispositivo constitucional que tem sido interpretado no sentido de garantir o direito de acesso à água, caracterizando esse direito como norma constitucional implícita. Na Índia a Suprema Corte decidiu que tanto a água como o saneamento fazem parte do direito constitucional à vida (artigo 21). Em Gâmbia, a Constituição de 1996 não se refere explicitamente à água e ao saneamento como direitos humanos, mas no art. 216, 4, obriga o Estado a enviaar esforços para facilitar a igualdade de acesso à água limpa e segura, (...) para todas as pessoas.

³⁴² “The rights to water and sanitation in national law”. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/>>. Acesso em 15 fev. 2012.

³⁴³ Constituição de Filipinas: “Art. XIII, SOCIAL JUSTICE AND HUMAN RIGHTS, Section 1. The Congress shall give highest priority to the enactment of measures that protect and enhance the right of all the people to human dignity, (...)Section 13. The State shall establish a special agency for disabled person for their rehabilitation, self-development, and self-reliance, and their integration into the mainstream of society.”. Disponível em <<http://www.president.gov.ph>>. Acesso em 16 fev. 2012.

Há também, vários Estados que não têm em suas constituições, de forma expressa, a garantia do direito de acesso, no entanto, leis que regulam os serviços públicos de abastecimento e saneamento garantem de forma nítida esse direito. É o caso de alguns países da Europa, como França, Bélgica, Holanda; países Latino-americanos como Argentina, Chile, Costa Rica e Venezuela; Países da Ásia como Indonésia e Bangladesh; Países da África como Argélia, Moçambique e Tanzânia³⁴⁴.

Portanto, além da constitucionalização formal do direito de acesso à água potável, como foi elencado neste tópico, é preciso ressaltar que esse direito é tratado como direito fundamental em Estados que adotam a cláusula de abertura constitucional aos direitos fundamentais, como o Brasil, com o dispositivo constitucional do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assunto que será aprofundado nos próximos capítulos, quando se analisará a fundamentalidade dos direitos fundamentais e a fundamentalidade do direito de acesso no ordenamento jurídico brasileiro, em que, por meio do processo de constitucionalização material, poder-se-á considerar o acesso à água potável como um direito materialmente fundamental.

2.4 Considerações finais do capítulo 2

No segundo capítulo analisamos o direito de acesso à água potável no contexto normativo e fático, concluindo que, nas diferentes formas de acesso, emerge uma pretensão que deve ser tutelada juridicamente. É justamente essa proteção jurídica de uma pretensão reconhecidamente significativa e, ao mesmo tempo, necessidade humana, que justifica considerarmos o acesso à água um direito que pode ser identificado tanto na dimensão objetiva quanto na dimensão subjetiva.

Na história da humanidade identificamos diversas experiências e obras que visavam a facilitar o acesso à água. Podem ser referidos os canais de irrigação no Egito, os aquedutos romanos, os chafarizes públicos na idade média e as atuais redes canalizadas para o abastecimento por meio de

³⁴⁴ The rights to water and sanitation in national law. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/>>. Acesso em 15 fev. 2012.

serviços públicos. No entanto, antes da implementação do abastecimento populacional por meio dos denominados serviços públicos, o acesso à água se efetivava com o ato de ir até o chafariz público, poço, lago ou rio para se abastecer. Essa forma de acesso foi reconhecida pelo direito como “instituto jurídico do uso comum”.

O instituto jurídico do uso comum de águas preponderou até o surgimento dos serviços públicos de fornecimento de água por meio das redes canalizadas. Atualmente, mesmo que preponderem os serviços públicos de abastecimento, ainda há normas em vigor que regulam o instituto do uso comum como a previsão normativa do Código de Águas brasileiro, no qual é assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas para as primeiras necessidades da vida. Assim o ‘uso comum’ é aquele que qualquer pessoa realiza para beber ou saciar sua sede, banhar-se, lavar a roupa ou qualquer outro objeto, em águas de córregos, poços, rios e lagos, importando o reconhecimento de direito de satisfação das necessidades básicas de água, próprias do respeito à dignidade humana.

Portanto, na contemporaneidade o acesso à água potável é um direito que pode ser exercido pelas diversas formas reconhecidas de acesso. Para facilitar a compreensão, considerando que este trabalho tem como objeto de investigação a identificação de um dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento, dever decorrente do reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental, classifiquei as formas de acesso em duas modalidades: ‘acesso pelo sistema alternativo de abastecimento’ e ‘acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento’.

O acesso pelo sistema alternativo de abastecimento é aquela modalidade que abarca as diversas formas de acesso realizadas diretamente em fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva, dentre outras formas de acesso que se diferenciam do sistema clássico. Em diversas localidades brasileiras, principalmente nas comunidades rurais do semiárido, o abastecimento de água é efetuado, de forma intensa, pelas soluções alternativas. Dessa forma, nos lugares em que não há abastecimento

pelo sistema clássico e ocorrem falhas nas formas de acesso pelo sistema alternativo, verifica-se a negação do direito de acesso à água potável.

Já o acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento é a principal modalidade de provimento de água às populações; conseqüentemente, o principal meio utilizado para viabilizar o exercício do direito de acesso à água potável. Essa modalidade, basicamente, consubstancia-se em obras civis, materiais e equipamentos destinados à produção e à distribuição canalizada de água potável para populações, sob responsabilidade do poder público, que o executa direta ou indiretamente por meio dos serviços públicos de fornecimento de água potável.

Portanto, esses serviços públicos de distribuição e abastecimento de água, prestados diretamente pelo poder público ou mediante delegação, caracterizam-se pela retirada da água da natureza, transporte, armazenamento, tratamento para adequar sua qualidade e distribuição por meio de tubulações. No Brasil o marco regulatório dos serviços de abastecimento de água é definido por meio de um conjunto de normas, destacando-se a Lei que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007. Nessa lei o serviço de fornecimento de água é conceituado como espécie dos serviços de saneamento básico, portanto, serviço público que o estado tem o dever de prestar, seja direta ou indiretamente, por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização.

Assim, além da Lei do saneamento básico foi necessário analisar, nesse capítulo, as normas constitucionais e outras normas infraconstitucionais relacionadas aos recursos hídricos, para melhor se compreender o direito de acesso à água potável. No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se o tratamento que o meio ambiente e as águas receberam do constituinte, desde a definição do ambiente saudável como direito fundamental até a divisão de competências entre os entes federados quanto ao domínio sobre as águas. Nesse sentido, ficou definida na Constituição a competência da União para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, regulamentado pela Lei nº 9.433, de 08.01.1997, que: ‘institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos’; ficou definida, também, a competência

da União para instituir diretrizes para os serviços públicos de abastecimento e fornecimento de água, regulamentada pela Lei do saneamento básico. Assim, a concretização do direito de acesso à água potável depende das diretrizes traçadas pela União para os serviços públicos e da atuação dos Municípios para organizar e prestar diretamente ou sob delegação esses serviços que são de sua competência, por serem de interesse local.

A legislação brasileira de tutela das águas é bastante avançada, justificando-se tal proteção jurídica pela preocupante situação na qual se encontra nosso país que tem regiões metropolitanas cercadas por mananciais que, mesmo assim, vêm sofrendo com a escassez de água, decorrente da diminuição da sua qualidade. Inúmeras são as normas brasileiras de proteção às águas, pois, além das disposições constitucionais e da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, há leis, decretos, resoluções e regulamentos.

Contudo, a legislação avançada e a quantidade de normas não impede que significativa parcela da população não tenha garantido o direito de acesso à água potável para suprir as suas necessidades. São necessários mais serviços públicos de abastecimento, tanto daqueles considerados “clássicos”, das redes canalizadas, como daqueles do sistema alternativo de acesso.

É necessário, também, frisar que, independentemente das empresas de serviços serem públicas ou privadas, é o Estado o responsável por exigir dos prestadores dos serviços públicos de abastecimento a efetividade do direito de acesso à água potável. Sem desconhecer que é o município o ente federativo competente para delegar ou conceder os serviços públicos de fornecimento de água para empresas públicas ou particulares, cabe, também ao município instituir regras de interesse local necessárias para tornar efetivo esse direito.

Portanto, penso que o direito de acesso, quando exercido por meio dos serviços públicos, numa dimensão objetiva, pode ser claramente compreendido como sendo um encargo, prestação ou tarefa de responsabilidade dos poderes públicos. Essa prestação ou tarefa requer uma atuação do Estado no sentido de que sejam definidas nacionalmente as diretrizes para os serviços públicos de abastecimento e de gerenciamento dos recursos hídricos, por meio de

normas definidas pela União e de que sejam definidas pelos governos municipais as normas de execução direta ou sobre a delegação dos serviços de fornecimento de água potável. Assim, o direito de acesso, como direito objetivo, pode ser visto como dever dos entes públicos de fornecimento de água e de adoção de políticas públicas.

Por outro lado, numa dimensão subjetiva, a pretensão de qualquer pessoa de acesso à água potável, reconhecida como posição jurídica protegida, é direito subjetivo que pode ser judicialmente exigível. Assim, o direito de acesso à água potável é direito subjetivo que pode ser exercido pelo seu titular, a qualquer tempo, por ser uma pretensão jurídica possível, capaz de gerar a exigência de fornecimento de água ou de atos vinculados à satisfação dessa pretensão.

Indubitavelmente, são as normas que instituem objetivamente o direito de acesso que propiciam a interpretação de que o direito subjetivo de acesso à água potável é pretensão jurídica tutelada e exigível judicialmente. Nesse sentido, a lei que dispõe sobre o saneamento básico estabelece que os serviços públicos de abastecimento de água deverão ser prestados nas formas adequadas à saúde pública e à proteção do ambiente. Além disso, estabelece também que o Estado tem a obrigação de formular política pública na qual sejam adotados parâmetros que garantam o atendimento dos serviços de abastecimento de água, especialmente quanto à quantidade mínima e quanto aos padrões de potabilidade.

Entendo, portanto, que o direito de acesso à água potável, instituído por meio de normas objetivas que regulam o fornecimento de água potável pelo sistema clássico dos serviços públicos de abastecimento, tem a função de legitimar o reconhecimento da relevância para o Estado e da importância para a sociedade do acesso à água; conseqüentemente, produz como resultado a identificação do direito subjetivo de acesso. Esse direito subjetivo, por ser imprescindível para a manutenção da vida e por estar diretamente vinculado à promoção e ao respeito à dignidade humana, é um direito que se diferencia dos demais e, por isso, deve ter um tratamento especial no ordenamento jurídico a ponto de ter a sua fundamentalidade reconhecida.

Em vários países como Uruguai, Bolívia, Equador, México, África do Sul, Uganda, entre outros, o direito de acesso à água potável é um direito fundamental formalmente reconhecido pela respectiva Constituição. No entanto, essa constitucionalização formal do direito de acesso à água não é verificada no Brasil, por isso, é necessário utilizarmos a cláusula de abertura constitucional para reconhecermos esse direito como materialmente fundamental (assunto que será aprofundado no capítulo 4).

O entendimento que adoto é de que, em estados nos quais não há previsão expressa em suas constituições do direito de acesso à água, como ocorre com o Brasil, a fundamentalidade desse direito pode ser reconhecida a partir da denominada cláusula aberta aos direitos fundamentais, dispositivo constitucional do §2º do artigo 5º. Portanto, o acesso à água potável pode ser identificado como um direito materialmente fundamental e para auxiliar a compreensão desse processo de caracterização do direito de acesso como fundamental, no próximo capítulo, analisa-se a fundamentalidade dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3

3. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.
(Antonio Castanheira Neves)³⁴⁵

3.1. Anotações sobre o conceito de Direitos Fundamentais

A complexidade do tema “Direitos Fundamentais” é afluída quando se tenta conceituar tais direitos. A definição de direitos fundamentais guarda relação estreita com uma ordem constitucional específica, por isso qualquer tentativa que tenha como finalidade a apresentação de um conceito com validade universal poderá não ser compatível com o sistema jurídico de determinado Estado.

Nesse sentido, Robert Alexy³⁴⁶, ao criticar o conceito elaborado por Carl Schmitt, principalmente a afirmação de que “somente os direitos humanos liberais do indivíduo são direitos fundamentais em sentido próprio”³⁴⁷, faz referência ao fato de que é impossível ligar um conceito de direitos fundamentais com a concepção de Estado de direito liberal, porque existem outras concepções de Estado.

Além das diversas concepções de Estado, adotadas em determinados momentos por um conjunto de países, há, também, variações do modelo de Estado adotado em uma determinada nação em diferentes momentos históricos, fazendo com que aumente a complexidade da adoção de um conceito para ‘Direitos Fundamentais’. Para Konrad Hesse: “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem

³⁴⁵ NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito Hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003, p.25.

³⁴⁷ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Traducion de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 170.

de inúmeros fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”³⁴⁸.

Quanto à origem da expressão ‘direitos fundamentais’, Cristina Queiroz afirma que essa expressão tem sua origem no texto de uma Constituição que não chegou a vigorar: a Constituição de 1849 elaborada pela Assembleia de Frankfurt. “O qualificativo ‘fundamentais’ destinava-se a sublinhar o caráter de reconhecimento e não da criação de direitos por parte do Estado”³⁴⁹. O estabelecimento de um catálogo dos direitos fundamentais do povo alemão evoluiu, mais tarde, para uma “teoria dos direitos fundamentais”.

Robert Alexy, ao se referir às propriedades que deve ter um direito para ser considerado um direito fundamental, elabora três concepções de direitos fundamentais: formal, material e procedimental³⁵⁰. O conceito formal de direitos fundamentais, inclui todos os direitos catalogados expressamente como tais pela própria constituição. Essa definição apresenta a vantagem de sua simplicidade, corroborada quando os direitos fundamentais aparecem compilados em um único catálogo; no entanto, essa definição fica esvaziada quando as constituições estabelecem direitos fundamentais por fora do catálogo.

A definição material está no sentido de que os direitos fundamentais são em sua essência direitos humanos transformados em direito constitucional. É certo que um repertório de direitos fundamentais pode incluir mais direitos que aqueles que são anteriores e superiores ao direito positivo, quer dizer, mais direitos que aqueles direitos humanos que somente têm validade moral. Para Alexy quando um catálogo de direitos fundamentais não inclui todos os direitos humanos é, necessariamente, deficiente. Além disso, reconhece que a definição de direitos fundamentais como direitos humanos, transformados em direito constitucional positivo, também tem suas debilidades, sendo a mais

³⁴⁸ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. in BRENDA, Ernesto. et. al. *Manual de derecho Constitucional*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996, p. 84-85.

³⁴⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 26.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003, p.21-39.

significativa a que deriva da indeterminação do conceito de direitos humanos.³⁵¹

O conceito procedimental de direitos fundamentais enlaça elementos formais e materiais. A resposta para a pergunta: “por que os direitos humanos devem ser elevados ao nível da constituição mediante sua transformação em direitos fundamentais?”³⁵², pode auxiliar na compreensão do conceito procedimental. Por ter-se como preocupação a não afetação desses direitos e na tentativa de manter o parlamento engessado quanto a qualquer alteração desses direitos por decisão pouco representativa, transformam-se direitos humanos em direitos fundamentais. Assim, a definição procedimental é também formal na medida em que a definição dos direitos que serão protegidos de uma maioria simples do parlamento são decisões do constituinte. Abre-se margem para que, por decisão de maioria dos constituintes, possam ser positivados como direitos fundamentais, numa constituição, determinados direitos que não são direitos humanos.

De acordo com o conceito procedimental, os direitos fundamentais são tão importantes que vinculam a todos, inclusive o próprio parlamento, fazendo com que a sua proteção ou não proteção não possa ficar nas mãos de uma maioria simples. Da mesma forma, a ideia de jurisdição constitucional, com a instituição de um tribunal constitucional, está implícita no conceito de direitos fundamentais, tendo em vista que a interpretação da Constituição quando envolve esses direitos deve ser definitivamente vinculante e efetuada por um órgão independente. Por fim, frisa-se que, por conta da concepção procedimental, de índole material, Robert Alexy assinala que todo conceito de direitos fundamentais deve ser determinado a partir de concepções de direitos humanos, sendo que uma ‘pretensão de correção’ obriga ao poder constituinte e aos interpretes constitucionais a buscar constantemente a melhor concepção de direitos humanos para definir, por sua vez, os direitos fundamentais.³⁵³

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003, p.24-28.

³⁵² ALEXY, 2003, p.29.

³⁵³ ALEXY, 2003, p.30-31.

Uma tentativa de conceituar Direitos Fundamentais ocorre a partir da pretensão de identificar elementos comuns encontrados nesses direitos. José Carlos Vieira de Andrade faz a defesa de que o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana: “a dignidade da pessoa humana está na base e constitui a referência valorativa de todos os direitos fundamentais”³⁵⁴.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet, com firmeza, faz a defesa da relação da dignidade humana com os direitos fundamentais, sustentando, de modo incontestável, que: “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”³⁵⁵.

Sem dissociar Direitos Fundamentais do Princípio da Dignidade Humana, acrescentando o aspecto da historicidade, Luis Prieto Sanchis se refere à inter-relação histórica que há entre bens considerados fundamentais e a dignidade humana: “historicamente os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos na presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores”³⁵⁶.

Vasco Pereira da Silva se posiciona de forma clara que “os direitos fundamentais radicam num princípio axiológico permanente e absoluto – que é a dignidade da pessoa humana -, mas eles possuem também uma história – que é a da sua concretização em distintos momentos e sociedades humanas”³⁵⁷. Portanto, ao concordar com o Professor Vasco Pereira da Silva, entendo que os direitos fundamentais além de fundamentos valorativos

³⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 97.

³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.109.

³⁵⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. *Estúdios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 88.

³⁵⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 85.

vinculados à dignidade humana apresentam uma dimensão histórica da realização desses direitos, que por sua vez não está desconectada do contexto social, econômico, político e cultural de um determinado Estado.

Konrad Hesse, ao abordar o significado e as funções que podem desempenhar, propõe que os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida com liberdade e dignidade humana. Isso somente se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resultar garantida na mesma medida que a liberdade individual.³⁵⁸ Concordo plenamente com essa posição, penso que atrelar o significado e as funções dos direitos fundamentais apenas à liberdade individual e à dignidade humana é um equívoco que não pode prosperar.

Direitos fundamentais também podem ser caracterizados como trunfos contra a maioria. Nesse sentido, Jorge Reis Novais, concordando com Dworkin, afirma que ter um direito fundamental equivale a ter um trunfo num jogo de cartas (a carta de trunfo prevalece sobre as outras). Assim, aplicada essa reflexão ao sistema jurídico do Estado de Direito, e considerando hipoteticamente que o outro ‘jogador’ é o Estado, visto que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais perante o Estado, pode-se afirmar, então, que “em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos”³⁵⁹.

Destaca-se, também, o conceito de ‘Direitos do Homem’ como sendo “direitos válidos para todos os povos em todos os tempos” e de ‘Direitos Fundamentais’ como sendo “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente e, ainda, direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”³⁶⁰.

³⁵⁸ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. in BRENDA, Ernesto. et. al. Manual de derecho Constitucional. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996, p. 89.

³⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-18.

³⁶⁰ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 393.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais formulada a partir das lições de Ingo Sarlet³⁶¹ é no sentido de considerar como ‘Direitos Fundamentais’ aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente, enquanto que os denominados ‘Direitos Humanos’, são aqueles que constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico positiva interna.

Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica da maioria dos direitos elencados se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado³⁶². Consequentemente, o moderno Estado de Direito, com seus mais variados catálogos de normas principiológicas (*prima facie*), tem sido, também, denominado³⁶³ de “Estado de direitos fundamentais”³⁶⁴.

Robert Alexy sempre relatou problemas relacionados aos direitos fundamentais, que podem ser brevemente referidos³⁶⁵. São os problemas epistemológicos, que dizem respeito a como esses direitos podem ser conhecidos ou fundamentados; os problemas substanciais, como esses direitos, devem ser reconhecidos, ou seja, que direitos são direitos do homem, e de que forma são fundamentais; no tocante aos problemas institucionais, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem diz que todo homem tem direito “a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades

³⁶¹ SARLET, 2010, p. 30; SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

³⁶² CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p.248.

³⁶³ No Brasil, Willis Santiago Guerra Filho faz referências a um “Estado Democrático de Direito Como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões. in GUERRA Fº, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁶⁴ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 81.

³⁶⁵ No decorrer deste capítulo, principalmente no último tópico, esses problemas serão abordados.

mencionados na presente declaração podem ser realizados”, isso pode ser compreendido como direito à institucionalização.³⁶⁶

O Professor Jorge Miranda entende por direitos fundamentais “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”³⁶⁷, consequentemente, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Toda posição jurídica subjetiva das pessoas, posto que consagrada na Lei Fundamental (de forma expressa), define direitos fundamentais em sentido formal, por isso, a constatação óbvia de que, para além dos direitos fundamentais em sentido formal, há os direitos que são apenas (só) materialmente fundamentais.

A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material tem origem no IX Aditamento³⁶⁸ (emenda constitucional de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em diversas Constituições – entre as quais as portuguesas de 1911, 1933 e 1976 e a Brasileira (todas, menos a de 1824).

Ingo Sarlet propõe a seguinte definição para direitos fundamentais, baseada no conceito de Robert Alexy, ressaltando que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável se for aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo. “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem

³⁶⁶ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999, p. 56-58.

³⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.7.

³⁶⁸ O texto que propicia tal interpretação é o seguinte: “ a enumeração de certos direitos na Constituição não deve servir para negar ou menosprezar outros direitos possuídos pelo povo” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 76.

como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)³⁶⁹.

O conceito que adoto neste trabalho parte de elementos, características e conteúdos mencionados por doutrinadores profundamente conhecedores desse tema, dentre outros: Jorge Miranda, Jose Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Reis Novais, Jose Carlos Vieira de Andrade, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Ingo Sarlet e Vasco Pereira da Silva. Dessa forma, é possível afirmar que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, Direitos Fundamentais são posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente, expressas na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais (fundamentalidade material), estruturadas na forma de princípios e regras, que exercem funções tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações, tendo como finalidade precípua a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana.

Portanto, a partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que há direitos fundamentais em sentido formal e, ao mesmo tempo, material e direitos fundamentais apenas em sentido material. Os direitos fundamentais em sentido formal e material são aqueles que estão positivados de forma expressa no texto constitucional, nas Emendas constitucionais e nos Tratados internalizados pela modalidade prevista no Art. 5º, § 3º da Constituição. Já os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, por meio da cláusula de abertura constitucional, são reconhecidos e legitimados como Direitos Fundamentais.

Tanto os direitos que são formal e materialmente fundamentais como aqueles que são apenas materialmente fundamentais se diferenciam dos demais direitos em quatro aspectos. Primeiro, são superiores aos demais direitos, por isso, num eventual conflito ou confronto entre normas de direito fundamental e outras normas, inclusive as constitucionais, devem preponderar,

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

à luz da regra da proporcionalidade, os direitos fundamentais. Segundo, os direitos fundamentais vinculam substancialmente todos os órgãos do poder público impondo a sua normatividade e vinculam, na medida do possível, também os particulares. Terceiro, os direitos fundamentais são normas autoaplicáveis, portanto com eficácia imediata, ressalvadas as relativizações necessárias para a fixação de restrições e limites. Quarto, os direitos fundamentais, na sua grande maioria, são normas (clausulas pétreas) que estão imunes às decisões de maioria legislativa; portanto, não são passíveis de alteração ou supressão por meio de Emendas à Constituição.

Ademais, na tentativa de esboçar uma definição de Direitos Fundamentais aceitável e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, ainda, a característica de se tratar de ‘posição jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais’. Esse reconhecimento não se diferencia da concepção originária sobre o termo ‘fundamentais’, referida por Cristina Queiroz³⁷⁰, de que essa expressão significa reconhecer determinados direitos como importantes e não, apenas, de criação de direitos por parte do Estado. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como fundamentais todas as posições jurídicas expressas no texto constitucional ou decorrentes de regras ou princípios constitucionais, que tenham por objetivo a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana. Assim, esse ‘reconhecimento’ se refere a aspectos substanciais e não a meramente formais, como a simples elaboração de dispositivos constitucionais alocados no rol dos direitos fundamentais pelo constituinte³⁷¹.

Por fim, outro aspecto presente no esboço conceitual de direitos fundamentais, formulado para ser adotado no decorrer deste trabalho, é de que

³⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 26.

³⁷¹ Nesse mesmo sentido é importante destacar a discussão presente na obra de BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. trad. e pref. José Manuel M. Cardoso da Costa. - Reimpressão. - Coimbra : Almedina, 1994; ainda, a posição defendida por Jose Carlos Vieira de Andrade de que poderá haver preceitos incluídos no catálogo constitucional que não constituam matéria de direitos fundamentais: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 77.

se trata de posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente. Nesse sentido, destoando de algumas posições doutrinárias que, ao definir direitos fundamentais, enfatizam a titularidade individual desses direitos³⁷² é preciso concordar com Ingo Sarlet em que a titularidade dos direitos fundamentais é exercida por ‘pessoas’, o que “não implica a exclusão da dimensão transindividual, coletiva e institucional dos direitos fundamentais, incluindo a titularidade de pessoas jurídicas (e até mesmo de entes sem personalidade jurídica)”³⁷³. É necessário, concordar, também, com Vasco Pereira da Silva quando afirma: “os direitos fundamentais são direitos subjetivos, na medida da sua dimensão negativa, e são estruturas objetivas da colectividade, na medida da sua dimensão positiva”, enfatizando que “os dois pares de dimensões estruturais (negativa/subjetiva e positiva/objetiva) não têm de ser necessariamente coincidentes”³⁷⁴. No próximo tópico, analisam-se os direitos sociais como direitos fundamentais por ser relevante para a compreensão da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, quando esse direito é reconhecido como fundamental por decorrer do conteúdo de outros direitos fundamentais (tópico 4.2).

3.2 Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira dispõe os direitos fundamentais sociais em um capítulo específico³⁷⁵, dentro do catálogo dos direitos fundamentais, demonstrando de forma categórica a condição desses direitos como autênticos

³⁷² É possível incluir, dentre outros, nesse rol de doutrinadores que conceituam direitos fundamentais priorizando a perspectiva subjetiva dos direitos, portanto enfatizando a titularidade individual: Robert Alexy ao elaborar a definição material e procedimental de direitos fundamentais afirma que os direitos fundamentais são em sua essência direitos humanos transformados em direito constitucional (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003, p.21-39); Jose Carlos Vieira de Andrade ao afirmar que toda a matéria dos direitos fundamentais visa, por definição substancial, a prossecução de valores ligados à dignidade humana dos indivíduos (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 171).

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 78.

³⁷⁴ SILVA, Vasco Pereira da. “A cultura a que tenho direito”: *direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68.

³⁷⁵ Há direitos, também, fundamentais sociais situados fora do catálogo, dispersos no texto constitucional ou decorrentes dos princípios e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

direitos fundamentais³⁷⁶. Além da importância da caracterização dos direitos sociais como fundamentais na dimensão dogmático-jurídica, pretende-se, neste tópico, verificar a importância da fundamentalidade substancial desses direitos. Por isso, considerando a existência de valores, categorias e princípios universais como a dignidade humana, o mínimo existencial e a proibição de retrocesso, aborda-se o tema tendo presente que uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais se obtém também a partir da realidade social e da ordem constitucional instituída.

Ao analisar os direitos fundamentais sociais, no contexto histórico, verifica-se que o reconhecimento desses direitos no Brasil ocorreu desde a primeira constituição, a de 1824. Antes dessa constituição brasileira de 1824 e das constituições da França de 1848, do México de 1917 e da Alemanha de 1919, “a formulação oficial mais antiga que se conhece de direitos sociais, encontra-se nos artigos 17, 21 e 22 do projeto da Constituição francesa de 24 de junho de 1793, que fazia referência ao direito à educação, à assistência social e ao trabalho”³⁷⁷. Desde então, “os direitos fundamentais sociais vêm incorporando-se gradativamente aos instrumentos constitutivos dos mais variados Estados”³⁷⁸.

É claro que os direitos fundamentais sociais foram positivados a partir da evolução do próprio Estado e dos anseios dos movimentos sociais por consolidar novos direitos. Portanto, há uma conexão entre a evolução do Estado (fases consensualmente concebidas) e a construção do que deve ser entendido como direito fundamental em cada contexto social. O Estado Constitucional surge, inicialmente, como Estado Liberal, tendo como base a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais, significando que todos os homens nascem livres e iguais e detentores de direitos que existem antes mesmo da existência do próprio Estado (os direitos fundamentais de primeira

³⁷⁶ PES, João Hélio Ferreira e MOREIRA, Gabriel Machado. *Direitos sociais do trabalho e a Constituição Federal*. In VIEIRA, Elias Medeiros e KUNRATH, Romerio Jair (Orgs.). *Trabalho e Cidadania no Brasil*. Santa Maria/Porto Alegre: FACOS-UFSM/Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas da UFRGS, 2006, p. 241.

³⁷⁷ OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*. Granada: Comares, 1998, p. 13.

³⁷⁸ MARTINS, Patricia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In GARCIA, Emerson (coord.) *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2004, . p. 379.

geração ou dimensão). Com o fracasso do Estado Liberal na promoção da justiça social, surgem os movimentos sociais, demonstrando que a igualdade apenas formal não é suficiente, sendo necessária a intervenção do Estado para que se assegure a chamada igualdade material, surgindo, assim, o Estado Social com os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, “abre-se caminho para a concepção de Estado como *amigo* dos direitos fundamentais, ou melhor, o Estado evolui da posição de *adversário* para as de *guardião* e *promotor* desses direitos”³⁷⁹. Essa evolução do Estado e dos próprios direitos conduz ao surgimento do hoje denominado Estado Democrático de Direito que alberga os direitos de fraternidade (terceira geração ou dimensão) além dos direitos de primeira e segunda geração ou dimensão.

Com o passar do tempo, a incorporação de novos direitos aos direitos fundamentais não exclui os anteriores, pelo contrário, ocorre a reafirmação dos antigos (de gerações ou dimensões já existentes) e a garantia da própria efetividade dos direitos anteriores que passam a ser complementados.

Os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”³⁸⁰. Para Paulo Bonavides, esses direitos fundamentais da segunda geração ou dimensão passaram, primeiro, por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, pela própria natureza de exigirem do Estado determinadas prestações materiais que dependiam, substancialmente, de meios e recursos e, principalmente, por não conterem para sua concretização as garantias de proteção que continham os direitos de liberdade (primeira geração ou dimensão). Superada essa primeira fase, passaram por uma crise de observância e execução, cujo fim, na opinião de Paulo Bonavides, parece estar perto, desde que as Constituições, inclusive

³⁷⁹ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 24.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 564.

a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais³⁸¹.

Ao analisar o texto constitucional Ingo Sarlet constata a existência de “diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização”³⁸² que gera consequências relevantes para a compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais. Para demonstrar o acerto das constatações que faz Ingo Sarlet é possível citar, como exemplos, dispositivos constitucionais de direitos sociais alocados em diferentes partes do texto constitucional sem observar uma sistematização lógica: artigo 17, § 3º³⁸³, que prevê o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário, portanto direito fundamental que exerce precipuamente uma função prestacional localizado no capítulo dos direitos políticos. Outros exemplos são os incisos XXXV³⁸⁴, LXXIV³⁸⁵ e LXXVIII³⁸⁶, do artigo 5º, que estabelecem como direitos fundamentais o acesso à Justiça, a assistência jurídica integral e gratuita e, ainda, a celeridade processual, portanto direitos que exercem também uma função essencialmente prestacional, mas que não estão localizados no capítulo dos direitos sociais³⁸⁷.

É claro que o constituinte brasileiro de 1988 incluiu no texto constitucional um conjunto heterogêneo e amplo de direitos sociais,

³⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15º ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 564-565.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos Direitos Sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p. 555.

³⁸³ Art. 17 (...) § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

³⁸⁴ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*: Art. 5. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁸⁵ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*: Art. 5. (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁸⁶ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*: Art. 5. (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁸⁷ SARLET, Ingo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

abrangendo tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos).

Indubitavelmente, os direitos fundamentais sociais, na condição de direitos a prestações em sentido estrito, impõem ao Estado a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e de implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, com a certeza de que a conquista e a manutenção da liberdade individual depende muito da postura ativa dos poderes públicos.

No mesmo sentido, são as palavras de José Afonso da Silva: “Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”³⁸⁸

Os direitos fundamentais sociais, na acepção de direitos defensivos, (negativos) constituem, em grande medida, direitos à abstenção, sendo citados como exemplos por José Carlos Vieira de Andrade³⁸⁹: os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (liberdade sindical, direito à greve, dentre outros)³⁹⁰. É preciso, também, notar que assim como os direitos negativos (direitos a não intervenção na liberdade pessoal) apresentam uma dimensão positiva, na medida em que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade, os direitos a prestações (positivos) apresentam também “posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 285-286.

³⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 385.

³⁹⁰ Liberdade Sindical prevista no Art. 8º e Direito à Greve previsto no Art. 9º,, ambos da Constituição brasileira de 1988.

proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares”³⁹¹.

O art. 60, § 4º, inciso IV³⁹², da Constituição brasileira dispõe que apenas os direitos e garantias individuais se encontram protegidos contra o Poder Constituinte derivado; no entanto, Ingo Sarlet entende que é possível sustentar a tese de que “todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição (inclusive os situados fora do catálogo) constituem limite material à reforma constitucional, já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade”³⁹³. Portanto, os direitos sociais que estão fora do Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º) da Carta brasileira devem ser interpretados de forma sistemática e teleológica para garantir uma proteção contra as eventuais maiorias.

No mesmo sentido, é a opinião de Ivo Dantas que, ao abordar a correta compreensão das expressões Direitos Individuais e Direitos Sociais, afirma que o texto previsto no art. 60, § 4º, inciso IV (os direitos e garantias individuais como cláusulas *pétreas*) deve ser interpretado não apenas como aqueles enumerados no art. 5º, mas, igualmente, todos os constantes do Título II da Constituição Federal e, ainda, que em “decorrência do § 2º, do art. 5º e do *caput* do art. 7º, fica reconhecida a existência de outros direitos individuais espalhados pela Constituição Federal”³⁹⁴.

Ainda quanto à impossibilidade de supressão dos direitos sociais, sejam eles enunciados programáticos ou não, Ingo Sarlet ao reconhecer, também nesses casos, a proibição de retrocesso, refere-se a uma espécie de eficácia negativa das normas constitucionais. “Assim, independentemente da

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos Direitos Sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p.555.

³⁹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

³⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 161.

³⁹⁴ DANTAS, Ivo. *Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.441.

exigibilidade dos direitos sociais como direitos positivos, ou seja, direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, se está em face de uma importante possibilidade de exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos subjetivos de defesa, em outros termos, como proibições de intervenção ou proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas”³⁹⁵.

Além disso, o Estado brasileiro com a Constituição de 1988 previu e ampliou direitos sociais, constituindo-se, a partir daí, em um garantidor e promotor de um projeto social e democrático destinado a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça, tudo conforme proposição constante no preâmbulo da Constituição. Dessa forma, facilmente conclui-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser eliminados ou restringidos pelo legislador ordinário (Poder Constituinte reformador), pois é necessário observar a proibição ao retrocesso social, presente no Pacto de São Jose da Costa Rica, com a previsão de que o Estado brasileiro se compromete a efetivar de forma progressiva os direitos decorrentes de normas econômicas e sociais.³⁹⁶

A discussão quanto à titularidade dos direitos sociais é outro tema largamente tratado na teoria dos direitos fundamentais. O principal problema a ser elucidado é o que diz respeito à alegação de que os direitos sociais são direitos de titularidade coletiva e não individual. Ingo Sarlet³⁹⁷ afirma que está amplamente superada a distinção entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais. Isso se deve ao fato de que a razão de ser desses direitos não está na titularidade, ou seja, na condição de ser ou não a pessoa, individualmente, sujeito de direitos humanos e fundamentais, mas, sim, na natureza e objeto do direito em cada caso. Veja-se o caso dos direitos

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 jan. 2013, p. 779-780.

³⁹⁶ PES, João Hélio Ferreira e MOREIRA, Gabriel Machado. *Direitos sociais do trabalho e a Constituição Federal*. In VIEIRA, Elias Medeiros e KUNRATH, Romério Jair (Orgs.). *Trabalho e Cidadania no Brasil*. Santa Maria/Porto Alegre: FACOS-UFSM/Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas da UFRGS, 2006, p. 253-254.

³⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 214 et. seq.

sociais básicos, como os direitos à saúde, educação, moradia, assim como o caso dos direitos dos trabalhadores, à jornada de trabalho limitada, a uma renda mínima, ao seguro desemprego, dentre tantos outros direitos, todos eles surgiram, assim como parte considerável dos direitos civis e políticos, “a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada”³⁹⁸

A titularidade individual dos direitos sociais tem sido seguidamente refutada como estratégia de defesa em processos judiciais para negar a condição de direitos subjetivos, situação essa que tem ocorrido quando o autor da demanda recorre ao judiciário para fazer efetivo um direito social sonogado. A alegação dos procuradores da administração pública tem sido a de que o reconhecimento da titularidade individual a determinados direitos sociais, como exemplo o direito à saúde na forma de fornecimento de medicamentos, provoca o processo de judicialização das políticas públicas e afronta o princípio da separação de poderes.

Não há dúvidas de que os direitos sociais são direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual, sem perder a sua dimensão coletiva e, em determinadas circunstâncias, a sua dimensão difusa, que pode ser verificada, como exemplo, no caso da implementação de políticas preventivas de saúde direcionadas à comunidade.

Ingo Sarlet enfatiza que os direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, são sempre direitos referidos à pessoa individualmente considerada, citando como exemplo contundente da titularidade individual dos direitos sociais o direito ao mínimo existencial, por este estar fundado “na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente por essa fundamentação, não pode ter sua titularidade individual afastada, por dissolvida numa dimensão coletiva”³⁹⁹.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 215.

³⁹⁹ SARLET, 2010, p. 216.

Quanto ao direito ao mínimo existencial, é de destacar a síntese produzida por Ricardo Lobo Torres de que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorados nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito e na busca pela felicidade. Os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima podem ser assegurados, sob a concessão do legislador, a partir da ação cidadã reivindicatória que somente é possível após a reserva do mínimo existencial que garanta a igualdade de chances concretizadora de uma democracia participativa.⁴⁰⁰

O direito ao mínimo existencial não pode ser reducionista, com a garantia de apenas um mínimo dos mínimos, deve, pelo contrário, ser amplo o suficiente para englobar todas as necessidades básicas, assegurando os meios para que as necessidades básicas sejam satisfeitas. “os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial”⁴⁰¹.

É conveniente lembrar que o constituinte brasileiro não adotou a sistematização de dividir e aplicar regimes diferenciados a direitos, liberdades e garantias, por um lado, e a direitos econômicos, sociais e culturais, por outro, divisão essa consolidada no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU - pela adoção de dois pactos: Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁴⁰². No entanto, tal distinção e dualismo é assunto que gera excelentes debates em Portugal, confrontando-se na doutrina duas correntes. A primeira reafirma a distinção entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, tendo como expoentes dentre outros: José Carlos Vieira de Andrade⁴⁰³ e José de Melo

⁴⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁰¹ TORRES, 2009, p. 42.

⁴⁰² Convém lembrar, também, que países de matriz liberal foram os responsáveis pela divisão dos direitos humanos em dois pactos e até o presente momento não subscreveram o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

⁴⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

Alexandrino⁴⁰⁴, na defesa de que a distinção entre as duas categorias de direitos fundamentais deve ser procurada na base de uma perspectiva abrangente, que considere a dimensão histórica, a dimensão jurídico-positiva e a dimensão analítica⁴⁰⁵. A segunda corrente doutrinária, composta por, dentre outros autores, Vasco Pereira da Silva⁴⁰⁶ e Jorge Reis Novais⁴⁰⁷, defende uma estrutura dogmática unitária dos direitos fundamentais, conforme enfatiza: “não há, portanto, dois regimes jurídicos distintos – um para os direitos, liberdade e garantias, outro para os direitos económicos, sociais e culturais – mas um só regime jurídico, aplicável a todos os direitos fundamentais”⁴⁰⁸.

No Brasil o regime uniforme de Direitos Fundamentais não tem gerado discussões, eis que a aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos fundamentais, previsão do Artigo 5º, §1º da Constituição Brasileira⁴⁰⁹, aplica-se a todos os direitos fundamentais, sem qualquer espécie de distinção. Na doutrina brasileira, Ingo Sarlet é um grande defensor do regime jurídico unificado, ao ponto de tratar da eficácia dos direitos fundamentais sem efetuar a separação dos direitos sociais dos demais direitos fundamentais e de elogiar o nosso sistema: “no que o nosso Constituinte ousou ir mais além do que a maioria dos exemplos coletados no direito comparado”⁴¹⁰.

Os direitos fundamentais sociais a partir de pontos de vista teórico-estruturais, na concepção de Robert Alexy, podem surgir como normas de diferentes tipos. Assim, emergem como normas que garantem direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Também podem ser normas vinculantes ou não vinculantes; no caso das não

⁴⁰⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2006b.

⁴⁰⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 41-42.

⁴⁰⁶ SILVA, Vasco Pereira da. “*A cultura a que tenho direito*”: *direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁴⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2010.

⁴⁰⁸ SILVA, 2007, 138.

⁴⁰⁹ Artigo 5º. (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁴¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 275.

vinculantes seriam espécies de enunciados programáticos. Por fim, podem ser normas que fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios. Portanto, a combinação desses tipos faz surgir as mais variadas espécies de normas de direitos sociais, desde a que apresenta a mais intensa proteção, no caso de normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações, até a que apresenta a mais fraca proteção, como no caso de normas não vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.⁴¹¹

Para José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos simultaneamente como: ‘normas programáticas’, consideradas como definidoras das tarefas e fins do Estado, de conteúdo eminentemente social; ‘normas de organização’, atributivas de competência para emanção de medidas relevantes; ‘garantias institucionais’, obrigando o legislador a proteger a essência do direito social em tela, bem como adotar medidas estritamente conexas com o seu valor social eminente e, finalmente, ‘direitos subjetivos públicos’, isto é, direitos inerentes e titularizados pelos cidadãos.⁴¹²

É defensável a ideia de que os direitos sociais, na medida em que são reconhecidos nas constituições e tratados internacionais, são tão fundamentais como os direitos civis e políticos e têm à disposição, por consequência, instrumentos equivalentes de tutela, inclusive os do tipo jurisdicional⁴¹³.

A discussão que permeia a “justiciabilidade”⁴¹⁴ dos direitos fundamentais sociais tem ocupado um lugar de destaque no debate jurídico-constitucional brasileiro contemporâneo, tendo em vista, especialmente, o tratamento privilegiado conferido a eles pela Lei Fundamental brasileira de 1988, de modo a situá-los no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A ideia “clássica” de que tais direitos comportariam apenas

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 500-501.

⁴¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 37-38.

⁴¹³ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 79-80.

⁴¹⁴ A expressão ‘justiciabilidade’ aqui empregada significa: característica do que pode ser objeto de apreciação judicial.

normas programáticas, ou seja, meras “recomendações” para as políticas públicas a serem, respectivamente, reguladas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, encontra-se superada pela doutrina constitucional contemporânea.⁴¹⁵ A própria garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) opera no sentido de legitimar a “justiciabilidade” dos direitos sociais diante de um quadro de lesão ou ameaça de lesão, o que ocorre, sem sombra de dúvidas, no caso de omissões, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir com os seus deveres constitucionais de garantir o desfrute de tais direitos essenciais a uma vida humana minimamente digna.

Indubitavelmente, o princípio previsto no Art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, incide sobre os direitos fundamentais sociais, “no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais se deve outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo de otimização pautado pelo conjunto de princípios fundamentais e à luz das circunstâncias do caso concreto”⁴¹⁶.

Por fim, conclui-se que todos os direitos sociais, reconhecidos ou assegurados de forma expressa ou implícita pela Constituição brasileira, são direitos fundamentais, inclusive aqueles direitos sociais previstos em tratados internacionais ou reconhecidos como direitos materialmente fundamentais por conta da cláusula de abertura constitucional⁴¹⁷. Tais direitos sociais se revestem de fundamentalidade por serem dotados de suficiente relevância e essencialidade a ponto de terem uma proteção reforçada em relação às demais normas constitucionais; de imporem vínculos de observação obrigatória aos

⁴¹⁵ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 95-118; e, especialmente, SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, pp. 296-387. Como refere FERRAJOLI em prólogo à obra de ABRAMOVICH e COURTIS, é necessária a formação de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais de refutação às hipóteses de não-justiciabilidade de tais direitos. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13.

⁴¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos. Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos Direitos Sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, p.562.

⁴¹⁷ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 58-68.

órgãos públicos e, na medida do possível, a todos os particulares; de não ficarem disponíveis às maiorias eventuais no caso das alterações constitucionais.

3.3 A caracterização do Direito ao Ambiente como Direito Fundamental

Demonstrar, neste momento, que o Direito ao Ambiente se caracteriza como um direito fundamental é extremamente relevante, tendo em vista que no próximo capítulo (tópico 4.2) analisa-se o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental a partir da identificação desse direito (acesso à água) no conteúdo do direito fundamental ao ambiente.

Assim, analisar o direito ao ambiente na dimensão (perspectiva) subjetiva se reveste de grande importância neste trabalho por se tratar de um direito interconectado também com o direito de acesso à água potável. No ordenamento jurídico brasileiro, essa conexão é evidenciada na previsão de que o meio ambiente com todos os seus bens ambientais (água, ar, terra, florestas, etc.) é alçado à condição de direito fundamental, portanto, exercer o direito subjetivo a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado pressupõe determinadas garantias que possibilitem o acesso aos bens de uso comum do povo, incluindo-se a água potável.

Até a década de 70 as referências jurídicas ao ambiente eram escassas e esparsas. Dos primeiros países a constitucionalizar a proteção ambiental e a dispor sobre o direito ao ambiente destacam-se Grécia e Portugal. A Constituição Grega de 1975, no art. 24, tratou o ambiente como bem jurídico a ser protegido⁴¹⁸. A Constituição Portuguesa de 1976 consagrou um explícito direito ao ambiente, ligando “a um largo conjunto de incumbências do Estado e da sociedade e, assim, inseri-lo, em plenitude, no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de Direito”⁴¹⁹. O certo é que o pioneirismo lusitano influenciou a redação do art. 225 da

⁴¹⁸ PECES-BARBA, Gregório Martinez. Curso de Derechos Fundamentales. Madri: Universidade Carlos III, 1999, p. 185.

⁴¹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 533.

Constituição Brasileira de 1988⁴²⁰, a redação do art. 45 da Constituição Espanhola de 1978 e a redação de tantas outras constituições.

Inegavelmente, a relevância do ambiente tornou quase obrigatória a sua inclusão como norma fundamental em textos constitucionais dos mais variados estados. Mas essa quase universalização não significa, por si só, que a efetividade dessas normas seja plena e que os Estados que a positivaram tenham resolvido os problemas relacionados com a proteção dos bens ambientais.

O problema da natureza jurídica do direito ao ambiente, além de ser complexo, é também polêmico. As divergências de concepção verificadas na doutrina é que dão consistência à complexidade da caracterização do direito ao ambiente e sua fundamentalidade.

O direito ao ambiente, como uma importação linguística do Direito Internacional, carregado de simbolismo e de intenções pedagógicas, mas sem conteúdo jurídico em face da impossibilidade de apropriação de bens de natureza coletiva, reduzido a um interesse de fato, é a posição que defende Carla Amado Gomes⁴²¹.

A impossibilidade de apropriação, conforme interpretação da autora⁴²², resulta de uma leitura sistemática da Constituição da República Portuguesa em que o objeto de tutela visado pelo artigo 66º⁴²³ são os bens ambientais naturais, sendo esses, por força da natureza das coisas, impossíveis de ser objeto de qualquer pretensão de apropriação individual, nem tampouco passíveis de fixação de um quantum de fruição pessoal.

⁴²⁰ No mesmo sentido: SILVA, Jose Afonso da. Um pouco de direito constitucional comparado. São Paulo, SP: Malheiros, 2009, p. 75.

⁴²¹ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 118.

⁴²² GOMES, 2007, p. 130.

⁴²³ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Art. 66º da Constituição da República Portuguesa: "1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente..., incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir...; b) Ordenar e ...; c) Criar e desenvolver ...; d) Promover...(PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013)

Navegando nas mesmas águas, Perez Luño adverte que a constatação de uma evidente necessidade de conservação da espécie está ameaçada pela degradação do ambiente, mesmo constituindo um valor prioritário para qualquer sociedade, não significa que exista um direito fundamental ao ambiente. Para o jurista espanhol, “O reconhecimento de um direito ao ambiente não implica o surgimento de nenhum direito novo ou específico, mas apenas um ponto de referência, de suporte para situações, faculdades ou interesses diversos”⁴²⁴. Assim, nessa lógica, o direito ao ambiente somente é reconhecido através de suas manifestações, nomeadamente, saúde, paisagem, contaminações, radiações.

Como um verdadeiro estuário jurídico, por ter posições sobre os mais variados temas, Jorge Miranda pensa o direito ao ambiente como um complexo de situações jurídicas de diversa natureza (procedimental e substantiva; pessoal e patrimonial; negativa e positiva). “É duvidoso que se possa falar num único, genérico e indiscriminado direito ao ambiente. Porém, toda a matéria, direta ou indiretamente, vem a projetar-se no domínio dos direitos fundamentais não tanto pelo seu lugar no texto constitucional quanto pela dinâmica que co-envolve e pelo sentido das normas que a regem”⁴²⁵.

O direito ao ambiente é, para Jorge Miranda, um interesse na fruição de bens naturais e um dever de utilização racional dos mesmos, sendo que a inapropriabilidade do bem jurídico ambiente leva-o a classificar o interesse de fruição individual como um interesse difuso, afastando a ideia de direito subjetivo.

Por outro lado, a concepção que faz a defesa de que o direito ao ambiente, por ser um direito fundamental⁴²⁶, possui a natureza de direitos subjetivos, tem como grande expoente o professor Vasco Pereira da Silva. Essa corrente doutrinária parte da ideia de que todos os direitos fundamentais (inclusive o direito ao ambiente) apresentam uma dupla dimensão: negativa e

⁴²⁴ LUÑO, António Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1998.. p. 485 e 486.

⁴²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos fundamentais – 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 538.

⁴²⁶ O constituinte, tanto no Brasil como em Portugal, pronunciou-se inequivocamente no sentido de considerar o direito ao ambiente como um direito fundamental.

positiva. Por um lado, são direitos subjetivos, na medida em que possuem uma dimensão negativa, enquanto direitos de defesa contra agressões de entidades públicas e privadas na esfera individual constitucionalmente protegida; por outro lado, configuram-se como estruturas objetivas da comunidade, pois compreendem também uma dimensão positiva, enquanto conjunto de valores e princípios conformadores de toda a ordem jurídica que estabelecem deveres de atuação e tarefas de concretização para os poderes públicos⁴²⁷.

A crítica que é feita à concepção subjetivante da proteção do ambiente consiste na argumentação de que a ideia de tutela subjetiva aponta para um quadro de utilização egoísta dos bens ambientais, em contradição com o preceito constitucional de salvaguarda do interesse das gerações futuras, portanto, rompendo com a lógica de aproveitamento racional de bens coletivos ou comuns numa vertente de solidariedade intergeracional⁴²⁸.

Pela minha perspectiva, fazer a defesa da existência de um direito subjetivo ao meio ambiente em nada afeta o dever (também individual) de proteção ambiental e por consequência o compromisso de solidariedade às futuras gerações. Penso que o constituinte brasileiro agiu bem ao definir no *caput* do artigo 225⁴²⁹ da Constituição Brasileira de 1988 que todos têm o direito ao meio ambiente e o dever de defendê-lo e preservá-lo, inclusive, para as futuras gerações. Portanto, não há contradição entre o reconhecimento de um direito subjetivo ao meio ambiente e os interesses (ou direitos) intergeracionais.

Canotilho, inicialmente, define direito subjetivo fundamental como “a posição jurídica pertencente ou garantida a qualquer pessoa com base numa norma de direitos fundamentais consagrada na Constituição”⁴³⁰, sendo que

⁴²⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 90 e 91.

⁴²⁸ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador ...*, p. 120.

⁴²⁹ Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁴³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 184.

essa definição permite a caracterização do direito ao ambiente como direito subjetivo fundamental no ordenamento constitucional de Portugal por existir uma posição jurídico-ambiental garantida à pessoa através de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais. Da mesma forma ocorre com a Constituição Brasileira que consagra no artigo 225 a posição jurídica de ‘direito de todos’, portanto, de cada um, ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Outro autor lusitano que concorda com ser o direito ao ambiente um direito fundamental subjetivo é José Eduardo Figueiredo Dias que, ao referir-se à capacidade de intervenção procedimental e jurisdicional de qualquer pessoa para a defesa do direito fundamental ao ambiente, afirma que “parece que acaba por valer a pena a previsão do direito subjectivo individual ao ambiente, uma vez que se permite aos cidadãos actuar em nome individual, exigindo a protecção ambiental em nome próprio”⁴³¹.

Independentemente do reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente como direito subjetivo, para Canotilho⁴³², parece indiscutível que os particulares têm direitos especificamente incidentes sobre o ambiente, como os direitos procedimentais, nomeadamente, o direito de ação popular, consagrado na Constituição Portuguesa⁴³³.

Para o desbravador dos mares de direitos fundamentais, Robert Alexy, o direito ao meio ambiente é um exemplo de direito fundamental como um todo, ou um direito fundamental completo, na medida em que representa um conjunto de situações diferentes vinculadas à tutela de direitos fundamentais. O direito ao ambiente como direito fundamental pode corresponder a diversificadas situações, dentre elas, “um direito a que o Estado se abstenha

⁴³¹ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*. Coimbra, 2002, p.30.

⁴³² CANOTILHO, 2004, p. 187.

⁴³³ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Art. 52º/ 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013).

de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática)”⁴³⁴.

No âmbito da União Europeia, o direito ao meio ambiente é também um direito fundamental dos cidadãos dos países que a integram. Nesse sentido, o art. 174º, 1, do Tratado CE, com as alterações do Tratado de Lisboa, determina que a política do meio ambiente passa a ser uma política comum, tendo em vista “a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente; a protecção da vida das pessoas; a utilização prudente e racional dos recursos naturais; e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas”⁴³⁵.

No final do século passado, Konrad Hesse⁴³⁶ já advertia que “a proteção do meio ambiente se converteu, de forma patente e indiscutível, em uma das principais tarefas do Estado”, justificando que existem fundadas razões para que se regule constitucionalmente uma tarefa estatal vinculada aos fundamentos naturais da vida.

“A dimensão subjetiva aponta para a densificação do direito ao ambiente através de uma série de direitos sociais ambientais que envolvem dimensões prestacionais,”⁴³⁷ como direitos a serviços públicos e a atos do poder de polícia ambiental (coleta de lixo, abastecimento de água, sistema de controle de poluição); direito e esquemas jurídicos processuais e procedimentais (audiência pública e ação popular).

⁴³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 443.

⁴³⁵ Com a nova redação definida no Tratado de Lisboa, publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 17.12.2007.

⁴³⁶ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. in BRENDA, Ernesto. et. al. *Manual de derecho Constitucional*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996. p. 101.

⁴³⁷ CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa – anotada*. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 279.

O ambiente, no contexto contemporâneo, após uma evolução dos direitos fundamentais que supera dois séculos, pode ser compreendido como direito fundamental que não se destina especificamente aos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem como destinatário o gênero humano, ou seja, cada pessoa humana, viva e concreta, com sua dignidade inviolável, na aceção consensual de que é a pessoa humana a razão final da existência do Estado e do Direito.

Assim é possível afirmar que o direito ao ambiente natural, ecologicamente equilibrado, também “é um direito individual de conteúdo supra-individual que está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana”⁴³⁸. Por outro lado, há direitos individuais de exercício supra-individual, com conteúdo individual, como o direito de associação. Não é o conteúdo divisível de um direito, nem a forma de seu exercício, muito menos os meios de sua tutela, que o qualificam como individual. Direito individual é direito de titularidade individual, é direito que o ordenamento reconhece como passível de integrar o patrimônio jurídico de um indivíduo, gerando, a partir daí, efeitos práticos.

Para José Afonso da Silva⁴³⁹, o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente convertera-se em uma preocupação de todos, provocando o surgimento de um novo direito fundamental, previsto na Constituição brasileira, que é o “Direito fundamental à qualidade do meio ambiente”. “A tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida”⁴⁴⁰. Essa posição reforça a ideia de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

Aspecto que deve ser ressaltado é a ponderação que faz Cançado Trindade, ao alertar que o reconhecimento de novos direitos humanos não

⁴³⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual*. Anuário de derecho constitucional latinoamericano- 2007. México, 2007, p.548.

⁴³⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59.

⁴⁴⁰ SILVA, 2007, p. 70.

pode ter o efeito de rebaixar o grau de proteção estendida aos direitos existentes: “é de se lamentar que o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio tenha levado alguns ao mal entendido de que poderia ele conflitar com outros direitos, ou com o objeto destes últimos”⁴⁴¹.

Os direitos fundamentais, por serem prerrogativas da emancipação humana, não podem ser vistos de forma isolada e como incomunicáveis, portanto, unidade e interdependência são características dos direitos fundamentais – Um exemplo dessa interdependência pode ser verificado nos direitos fundamentais de locomoção, de moradia e ao ambiente. Para um indivíduo que não tem moradia, o ir ou vir não passa de obrigação, enquanto que o permanecer pode passar a ser uma proibição. Assim, as prerrogativas do exercício da liberdade estão relacionadas com o direito de morar e correlacionadas com a emancipação humana que, por sua vez, devem guardar reciprocidade com a prerrogativa de viver num ambiente natural. Portanto, o direito de liberdade (locomoção), o direito que demanda prestações do estado (moradia) e o direito individual de conteúdo supraindividual (meio ambiente equilibrado) se complementam e se delimitam reciprocamente.

Ingo Sarlet, sabiamente aduz que “não se pode mais conceber uma existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável e sem que o Estado Democrático de Direito seja simultaneamente também um Estado Socioambiental, que tenha como tarefa permanente a proteção e promoção sustentável dos direitos fundamentais em todas as suas múltiplas dimensões”⁴⁴².

Carla Gomes⁴⁴³, ao mesmo tempo em que faz objeções à corrente doutrinária que vê o ambiente como objeto de direitos subjetivos, defende existir o “dever fundamental de proteção ao ambiente”, ao ressaltar que no art.

⁴⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio-ambiente – paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, 162.

⁴⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 jan. 2013, p. 770-771.

⁴⁴³ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de ...*, p. 149.

66/1, 2ª parte da Constituição da República portuguesa⁴⁴⁴, consta a previsão do dever de proteção do ambiente como única dimensão subjetiva operativa relacionada ao ambiente. Assim, poder-se-ia perguntar: como defender que o dever individual de proteção do ambiente não seja correlativo a um direito de fruição individual do ambiente?

Para contrapor a posição doutrinária de Carla Gomes a melhor lição é a de Vasco Pereira da Silva ao sintetizar que: “A Constituição portuguesa ocupa-se da problemática ambiental, tanto do ponto de vista objetivo, enquanto tarefa fundamental do Estado (artigo 9º, alíneas d e e)⁴⁴⁵, como do ponto de vista subjectivo, ao estabelecer um direito fundamental ao ambiente e á qualidade de vida (artigo 66º)”⁴⁴⁶. Portanto, o constituinte Português deixou bem claro a caracterização do direito ao ambiente como direito subjetivo ao dispor no texto da Constituição que constitui tarefa fundamental do Estado a efetivação dos direitos ambientais.

Conclui-se que o direito subjetivo ao meio ambiente é um direito fundamental que, além de se vincular à dignidade da pessoa humana, consiste num direito-dever, no sentido de que a pessoa, ao mesmo tempo em que o titulariza, deve preservá-lo e defendê-lo como tal, em níveis procedimental e judicial (ação popular), mediante a figura do interesse difuso. Assim, o direito ao meio ambiente diferencia-se de um direito individual ou de um direito social tradicional na medida em que a obrigação a que ele corresponde não é apenas dever jurídico do Estado, mas também do próprio particular, que é seu titular.

Portanto, o direito ao ambiente, além de se configurar como estruturas objetivas da comunidade, valores e princípios conformadores da ordem jurídica

⁴⁴⁴ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Art. 66/1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013).

⁴⁴⁵ Art. 9º. São tarefas fundamentais do Estado: (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território; (...).

⁴⁴⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 84.

que estabelece deveres de atuação e tarefas de concretização para os poderes públicos, configura-se, numa dimensão subjetiva, como direito fundamental que comporta no seu conteúdo uma série de posições jurídicas de fruição individual, dentre essas posições, o direito de acesso à água potável, assunto que será aprofundado no próximo capítulo, no qual se analisa o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental a partir da identificação desse direito no conteúdo do direito ao ambiente. Antes, porém, verifica-se os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental.

3.4 Os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental

3.4.1 A fundamentalidade à luz da Teoria Pós-Positivista

Historicamente duas teorias abordaram de forma antagônica a razão de ser dos direitos fundamentais. A Teoria Jusnaturalista surgiu apresentando o fundamento dos direitos fundamentais em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Já a Teoria Positivista buscou fundamento na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular, sendo direitos fundamentais somente aqueles previstos expressamente no ordenamento jurídico positivado.

Diante dessa discussão, Norberto Bobbio com razão escreveu: “o mais importante é que os direitos humanos (fundamentais) sejam efetivados”. Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos universais⁴⁴⁷.

Contemporaneamente, devido à inserção dessa discussão num contexto de grandes mudanças, como a normatividade dos princípios, a

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

inclusão de normas axiológicas nas constituições e a relevância da argumentação jurídica, é possível afirmar que se vislumbra uma nova teoria: a Teoria Pós-Positivista.

O pós-positivismo surge como uma nova teoria que propõe a superação da tradicional dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Ao mesmo tempo em que se diferencia dessas duas teorias, é moldada tendo como parâmetros básicos aspectos marcantes ou premissas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Apresenta a relação intrínseca entre Direito e moral como a diferença substancial com o positivismo jurídico, no entanto, utiliza-se do procedimento positivista para legitimar os princípios e seus valores axiológicos ao defender a inserção desses princípios nos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica.

Para Margarida Lacombe Camargo⁴⁴⁸, o pós-positivismo, na condição de movimento de reação ao modelo kelseniano, apresenta duas dimensões: a primeira, capitaneada por Dworkin e Alexy, defende o reconhecimento da força normativa dos princípios com todo o seu potencial valorativo; a outra dimensão, fundamentada nas obras de Viehweg e Perelman, defende que a força lógico-legitimante está nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais. Ressalta-se que nessa última dimensão não há como excluir a metodologia hermenêutico-construtivista de Dworkin e a teoria da argumentação de Alexy.

Assim, o pós-positivismo tem como objetivo dar caráter normativo aos princípios jurídicos e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante para concretizar os valores axiológicos constitucionalizados por meio dos princípios. Por outro lado, o pós-positivismo substitui o velho modelo hermenêutico de interpretação, marcado pela pretensão de uma objetividade absoluta, por um novo modelo de raciocínio e argumentação jurídica que considere a existência de uma conexão necessária entre direito e moral.

Ronald Dworkin⁴⁴⁹ analisa as relações entre direito, moral e política, sugerindo que entre a argumentação jurídica e a argumentação moral deve

⁴⁴⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 139-141.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ocorrer uma íntima relação. A relação entre direito e moral é, também, o principal problema relacionado ao conceito de direito para Robert Alexy⁴⁵⁰, que defende a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral e de que há razões normativas em favor de uma inclusão de elementos morais no conceito de direito.

Portanto, essa nova teoria denominada de ‘Pós-Positivista’, diferente do positivismo jurídico que justifica a razão de ser dos direitos fundamentais no sistema de supremacia formal das normas jurídicas, no qual o direito se resume à verificação de pressupostos lógico-formais de vigência, livre de quaisquer juízos de valor; diferente, também, do jusnaturalismo que justifica a razão de ser dos direitos fundamentais em normas naturais (morais) superiores e anteriores ao próprio estado; apresenta como fundamento dos direitos fundamentais a conexão necessária entre direito e moral, sendo que transformações como a reformulação do conceito das normas constitucionais e a criação de uma nova interpretação constitucional fazem com que a Constituição passe a ocupar o centro do sistema, no qual os princípios têm força normativa vinculante, a partir de uma dimensão axiológica e, sobretudo, racional.

Sinteticamente, é possível afirmar que os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental coincidem com a dogmática adotada em cada teoria. Dessa forma, pela Teoria Jusnaturalista, determinados direitos, a exemplo de parte considerável dos direitos de defesa, são considerados fundamentais pelo simples fato de serem direitos naturais do homem. De acordo com a Teoria Positivista é atribuição do poder constituinte, tanto o originário como o derivado, definir aqueles direitos que devem ser tutelados de forma diferenciada, com a positivação em normas constitucionais, para serem protegidos da ação de eventuais maiorias parlamentares e alçados à condição de fundamentais.

Por fim, pela Teoria Pós-Positivista a caracterização de um direito como fundamental depende, principalmente, do seu conteúdo. Nesse sentido, os direitos fundamentais mantêm uma estreita relação com o princípio da

⁴⁵⁰ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

dignidade humana. Isso faz com que o poder constituinte e os intérpretes constitucionais fiquem vinculados a determinar quais direitos são tão importantes que a sua proteção ou não proteção não pode ficar nas mãos de uma maioria simples. Portanto, para caracterizar um direito como fundamental é necessário verificar se esse direito se reveste substancialmente de fundamentalidade.

Alexy entende que o princípio da dignidade da pessoa humana, por força de sua própria condição principiológica, acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização, quando se contrapõe à igual dignidade de terceiros. No entanto, admite, no âmbito de uma hierarquização axiológica, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais⁴⁵¹. Não significa a qualificação de princípio absoluto, mesmo prevalecendo sobre os demais; na definição de Alexy inexistem princípios absolutos.

É possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, ainda, que qualquer direito que estiver em conexão imediata com a dignidade humana pode ser qualificado como fundamental. Francisco Fernandez Segado afirma, no mesmo sentido, que “os direitos fundamentais são a expressão mais imediata da dignidade humana”⁴⁵².

Portanto, a Teoria Pós-Positivista reconhece que o conjunto de direitos fundamentais, quando titularizados pelo homem, tem como fundamento axiológico o respeito à dignidade humana. Essa concepção identifica como núcleo essencial do direito e de todo o ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio confere unidade de sentido e de valor ao sistema constitucional. Esse princípio é o que justifica a positivação ou o reconhecimento constitucional de direitos humanos que passam a ser caracterizados como fundamentais, portanto é o reconhecimento da

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 108-109.

⁴⁵² SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ^a31 n.121, p.69-102. jan./mar. 1994, p. 77.

importância do respeito ao ser humano – razão da própria organização em sociedade, da fundação do Estado e da adoção do Direito, com todas as suas peculiaridades e classificações.

Portanto, entendo que não há mais espaço para a teoria que considera direitos fundamentais apenas aqueles que são simplesmente positivados nas constituições por força de definição do poder constituinte. Assim como não há mais espaço para a teoria que considera fundamentais somente aqueles direitos que são caracterizados como direitos naturais do homem. A Teoria Positivista e a Teoria Jusnaturalista foram superadas pela Teoria Pós-positivista.

3.4.2 A fundamentalidade formal e a fundamentalidade material

Quanto à ‘fundamentalidade’ das normas de direitos fundamentais, Alexy define ser o significado que determinadas normas possuem para o sistema jurídico que pode ocorrer tanto num sentido formal quanto num sentido material⁴⁵³.

Num sentido material, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. A ideia de fundamentalidade decorre de circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material. “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.”⁴⁵⁴

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁵⁵ assevera que só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não positivados, direitos materiais mas não formalmente fundamentais, conforme os art. 5º, § 2º

⁴⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 503 a 506; ou ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 520-523.

⁴⁵⁴ ALEXY, 2008, p. 522.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 379.

da Constituição Brasileira (CF)⁴⁵⁶ e art. 16, nº 1 da Constituição da República Portuguesa(CRP)⁴⁵⁷.

É tradição do constitucionalismo fixar por meio da Constituição formal o reconhecimento da fundamentalidade material, ao permitir a abertura material a outros direitos fundamentais não previstos expressamente pelo seu texto.

Do mesmo modo que há uma constituição formal e uma constituição material, pode-se conceber, igualmente, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material⁴⁵⁸.

Os direitos serão formal e materialmente fundamentais se, a par de sua relevância para o Estado e para a sociedade, eles estão incorporados a uma constituição. Serão apenas formalmente fundamentais se estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade. Serão (só)⁴⁵⁹ materialmente fundamentais se, embora se revelando, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem expressos na constituição. Nesse sentido, admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração ou a violação de direitos realmente fundamentais (ver exemplos da Europa nos anos 30 a 80 do século passado)⁴⁶⁰.

Assim, há direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, porque não estão incluídos no catálogo constitucional. O inverso também é verdadeiro, “poderá haver preceitos incluídos no catálogo que não constituam matéria de direitos fundamentais, e até porventura ‘direitos

⁴⁵⁶ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 5º... § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁵⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 7-12.

⁴⁵⁹ A expressão “só” aqui empregada significa que não serão, também, formalmente fundamentais.

⁴⁶⁰ MIRANDA, 2000, p.9.

subjectivos' só formalmente fundamentais"⁴⁶¹. Nesse sentido, registre-se uma pequena discordância de minha opinião com a posição defendida pelo Professor Jorge Miranda de que "Todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material"⁴⁶². Penso que é possível encontrarmos normas elencada no rol dos direitos fundamentais que são apenas formalmente fundamentais, portanto, por não terem um relevante significado para o Estado e para a sociedade carecem de uma fundamentalidade substancial.

A minha opinião é de que nem todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Entendo que o simples fato de constar no texto da constituição determinado dispositivo que não se reveste de importância para a sociedade e nem de relevante significado para o Estado, portanto sem a fundamentalidade material, é a demonstração de que esse dispositivo tem a sua fundamentalidade reconhecida apenas no plano formal.

Essa posição é a mesma que adota Jose Carlos Vieira de Andrade que é enfático ao afirmar que "poderá haver preceitos incluídos no catálogo que não constituam matéria de direitos fundamentais, e até porventura 'direitos subjectivos' só formalmente fundamentais"⁴⁶³.

No mesmo sentido, manifesta-se Paulo Ferreira da Cunha: "Assim, não reconhecemos um carácter de direitos fundamentais materiais pelo simples facto da sua inserção constitucional. Têm eles de ser fundamentais na sua essência"⁴⁶⁴. Portanto, para que possamos reconhecer os direitos formalmente fundamentais como materialmente (substancialmente ou concretamente) fundamentais é necessário que esses direitos apresentem um conteúdo significativo passível de influir nas decisões sobre a estrutura normativa básica

⁴⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77.

⁴⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.9

⁴⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77

⁴⁶⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da . *Teoria da Constituição. Tomo II: Direitos Humanos – Direito Fundamentais*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 261.

do Estado e da sociedade, limitando o poder do Estado (dimensão negativa) ou instigando o Estado a atuar (dimensão positiva).

Pela minha perspectiva, é possível encontrarmos, na Constituição Brasileira, direitos que são apenas formalmente fundamentais, como é o caso do direito social dos funcionários de eleger um representante para promover o entendimento direto com os empregadores em empresas com mais de 200 empregados, previsão do artigo 11⁴⁶⁵ da Carta Magna Brasileira. No entanto, tal dispositivo constitucional que estipula um direito no capítulo dos direitos fundamentais sociais é norma que dificilmente será regulamentada pelo legislador infraconstitucional por se tratar de dispositivo que contraria outro direito social fundamental mais amplo e protetor dos trabalhadores, que é o artigo 8º, incisos III combinado com o inciso VIII⁴⁶⁶. Portanto, esse é um exemplo⁴⁶⁷ de direito apenas formalmente fundamental, eis que estipula um direito que carece de uma fundamentalidade substancial.

A fundamentalidade formal, para Canotilho, está geralmente associada à constitucionalização e assinala quatro dimensões relevantes. A primeira, de que as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas superiores; a segunda, de que se encontram submetidas aos procedimentos especiais de revisão e reforma; a terceira, de que constituem limites materiais da própria revisão (clausulas pétreas) e; por último, a de que, como normas dotadas de vinculação imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de

⁴⁶⁵ Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁴⁶⁶ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (...) VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei; (...).

⁴⁶⁷ Essa contradição do Constituinte brasileiro em estipular o direito de empregados elegerem representantes para promover o entendimento direto com os empregadores e, ao mesmo tempo, definir que a entidade sindical é que tem a atribuição de representar o interesse dos empregados, com a garantia de estabilidade no emprego dos representantes sindicais, faz parecer que existe uma norma constitucional inconstitucional, nos moldes da teoria de Otto Bachof (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. trad. e pref. José Manuel M. Cardoso da Costa. - Reimpressão. - Coimbra : Almedina, 1994).

escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais.⁴⁶⁸

No entanto, é preciso ver, conforme se esclarece no decorrer deste trabalho, que se aplicam, naquilo que for compatível, os mesmos efeitos para os direitos formal ou materialmente fundamentais. Já no próximo capítulo, verifica-se que o direito de acesso à água potável por ser um direito não expresso no texto constitucional é norma fundamental apenas em sentido material.

3.4.3 Alguns fundamentos da caracterização de um direito como fundamental

Para caracterizar um direito como fundamental ou para justificar a definição de direitos fundamentais esboçada no tópico inicial deste capítulo, devem ser considerados, na maior medida possível de forma simultânea, alguns fundamentos, como: 1) Direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; 2) Direitos fundamentais são direitos que exercem uma função social; 3) Direitos fundamentais são, preponderantemente, direitos humanos.

Quanto ao primeiro fundamento, referente ao resguardo e à promoção da dignidade humana, trata-se de constatação consensual, que foi reforçada no século passado, e que é considerada essencial. Além disso, não se pode perder de vista a importância da afirmação de Peter Häberle de que a dignidade do homem é a premissa antropológica do estado constitucional e a democracia como consequência organizativa.⁴⁶⁹

Convém lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como o direito constitucional contemporâneo, possui seu ponto de unidade e racionalidade no princípio da dignidade humana, centralizador que é de uma ampla gama de significados históricos e de valores de justiça, “o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional,

⁴⁶⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 379.

⁴⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional europeo*. In HÄBERLE, Peter; HABERMAS, Jürgen; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. *La constitucionalizacion de Europa*. Serie estudios jurídicos, num. 65. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 28.

que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado"⁴⁷⁰. Assim, entendo que o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua tradução concreta, positivada ou reconhecida numa constituição, por meio de normas de direitos fundamentais deve ser sempre utilizada como parâmetro de conformidade com o qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Foi a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor essencial, em pleno século 20, que significativas mudanças paradigmáticas foram implementadas. Somam-se ao reconhecimento da dignidade humana, as lições de Hannah Arendt⁴⁷¹ de que as relações estabelecidas no espaço público entre os homens representam a atividade dignificadora do ser humano e o abandono da radicalidade entre as concepções individualista e coletivista. Tais mudanças consistem no fim da preponderância do indivíduo sobre a sociedade ou da subordinação sistemática daquele aos interesses da coletividade. Desiste-se da exaltação ao individualismo, típico do liberalismo-burguês, e, assim, não há o predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução pode ser encontrada em cada caso, de acordo com as circunstâncias; solução que é fruto de uma ponderação na qual se avalia o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo, mas que pode, igualmente, ser a preeminência de um ou de outro. No entanto, a primazia do coletivo não pode, *a priori*, sacrificar, ferir a dignidade da pessoa humana.

A concordância sobre a relevância do princípio da dignidade humana não pode significar a adoção da concepção de princípio absoluto, eis que essa discussão é complexa e polêmica. Independentemente do posicionamento que se possa ter em relação à caracterização do princípio da dignidade da pessoa humana como absoluto ou não (relativo⁴⁷²), é necessário reconhecer, como

⁴⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

⁴⁷¹ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

⁴⁷² Reconhecem como princípio que deve ser relativizado: “pela inevitável relatividade da dignidade” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145); por força da sua própria condição principiológica (ALEXY, Robert.

bem fez Ingo Sarlet, que “a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade”⁴⁷³.

A concepção que adotamos é a de que o princípio da dignidade humana não é um princípio absoluto, no entanto, a sua relativização somente pode ocorrer diante de uma colisão que envolva a dignidade de outras pessoas. Nesse sentido, não se pode admitir que a dignidade humana seja desprezada frente a outros valores e bens que não estejam relacionados a dignidade de outros seres humanos. Assim, é preciso ter presente que o estado, ao não garantir o exercício do direito de acesso à água potável, desrespeita ou desconsidera o princípio da dignidade humana. Esse assunto será aprofundado no decorrer deste trabalho.

O segundo fundamento, da função social que exercem os direitos fundamentais, diz respeito a uma constatação crítica de que os direitos, para serem alçados à condição de fundamentais, devem ser importantes, também, para a sociedade, pois se vive num mundo onde o ser humano não pode ser considerado sem o contexto em que vive e o individualismo deve ser visto como algo do passado. As liberdades individuais que eram interpretadas como as únicas merecedoras de destaque e prestígio, agora, são acompanhadas de outras posições jurídicas ou direitos que estão no mesmo nível de reconhecimento.

Peter Häberle, ao analisar as funções dos direitos fundamentais, refere-se à função social como um elemento essencial, principalmente por promover certa oposição a uma visão personalista e individualista dos direitos

Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 111 et. seq.).

⁴⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 130.

fundamentais e por propagar a imposição de limites às liberdades individuais, visando à satisfação dos interesses da coletividade e do bem comum.⁴⁷⁴

O exercício ou a fruição dos direitos fundamentais também deve estar vinculado ao bem comum, sendo que a função social pressupõe a não deformação jurídica de bens relevantes para a coletividade. Portanto, a partir da premissa de que é em razão dos interesses coletivos que os direitos são concedidos a todos, não se pode admitir que um interesse individual possa degenerar direitos dos outros.

No que se refere, ainda, à funcionalidade social a que se sujeitam os direitos fundamentais, convém ressaltar que a função social expressa uma certa forma de compreensão da dimensão horizontal. A todo direito corresponde um dever, dever do estado na dimensão vertical e dever de cada um na dimensão horizontal. A compreensão dos direitos fundamentais em toda sua extensão e profundidade não prescinde da simultânea consideração dos deveres que lhes são inerentes.

Nesse sentido, é também relevante a lição de Ingo Sarlet de que: “Os direitos fundamentais são sempre também direitos sociais, visto sempre terem uma dimensão comunitária, mas em especial por serem todos, em maior ou menor medida, dependentes de concretização também por meio de prestações estatais”⁴⁷⁵.

A função social dos direitos fundamentais deve ser analisada com as ressalvas pertinentes de forma a relativizar a sua incidência quando, após a aplicação do princípio da proporcionalidade, atingir o núcleo essencial de um direito fundamental. Essa também é a posição de Daniel Sarmento ao fazer a defesa de que a função social não pode ser utilizada indiscriminadamente para não dissolver a ideia de liberdade, citando como exemplo a restrição à liberdade de expressão frente a interesses da coletividade, quando a pretexto

⁴⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

⁴⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso*: Contributo para uma Discussão. In *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 de janeiro de 2013, p. 771, citando Peter Häberle.

de conservar preceitos como o de bons costumes; mas admitindo, por outro lado, a ampla utilização da função social frente aos direitos de caráter patrimonial.⁴⁷⁶

Portanto, um direito fundamental para ser caracterizado como tal deve cumprir uma função social, sendo que tal característica pode inclusive justificar restrições, desde que respeitado o núcleo essencial e observada a proporcionalidade. Por fim, é importante ter sempre presente a lição de Oscar Rodríguez Olvera⁴⁷⁷ de que não pode haver supremacia do interesse individual, nem do coletivo, mas uma necessária relação de complementaridade.

O último fundamento a ser analisado, é o de que os direitos fundamentais representam, de forma preponderante, direitos humanos convertidos em direito constitucional. Este fundamento se diferencia⁴⁷⁸ sutilmente da concepção esboçada por Robert Alexy que afirma categoricamente que direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional⁴⁷⁹. Alexy reconhece que a definição de direitos fundamentais como direitos humanos transformados em direito constitucional apresenta uma debilidade significativa que consiste na dificuldade de conceituar direitos humanos. O próprio Alexy em outro momento⁴⁸⁰ conceitua direitos humanos partindo da distinção desses direitos com os demais. Aponta algumas marcas que distinguem os direitos humanos de outros direitos, destacando que os direitos humanos são universais e fundamentais.

Quanto ao aspecto da universalidade é importante ressaltar que compreende não apenas a caracterização dos direitos do homem como ideal

⁴⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 256.

⁴⁷⁷ OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los Derechos Sociales en La Constitución Abierta*. Granada: Comares, 1998.

⁴⁷⁸ A diferença consiste na afirmação de que “preponderantemente” direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional.

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.

⁴⁸⁰ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999

universal e, sim, a universalidade dos titulares, ou seja, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens.

No tocante à caracterização dos direitos humanos como fundamentais, Alexy quando esteve em Porto Alegre em 1998, na UFRGS, disse que os objetos dos direitos do homem devem tratar de interesses e carências que sejam tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. Assim um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação possa significar: 1º - “a morte” (relacionado ao direito à vida); 2º - a perda da “autonomia do ser”, (relacionado às liberdades de locomoção, opinião, etc.) e; 3º - “grave sofrimento”, (fere a dignidade da pessoa humana)⁴⁸¹.

A partir dessa brilhante formulação, verifica-se que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais está vinculada à caracterização que recebe determinado direito humano de ser reconhecido ou assegurado (expressa ou implicitamente) por determinada Constituição, consistindo em bens ou valores dotados de suficiente relevância e essencialidade a ponto de merecer ou necessitar de uma proteção jurídica e normatividade reforçada, especialmente no que diz respeito à exclusão do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos.

Portanto, conclui-se que os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental, devem ser analisados tanto no aspecto da fundamentalidade formal como da substancial ou material. A fundamentalidade material dos direitos fundamentais está relacionada com a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, ou seja, direitos dotados de suficiente relevância e essencialidade, inseparáveis da própria noção de pessoa, constituindo a base jurídica da vida humana, notadamente na garantia da dignidade inerente ou conquistada por todos.

Já a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, por estar intimamente ligada ao direito constitucional positivo, ou seja, relacionada a uma

⁴⁸¹ No dia 09 de dezembro de 1998 o autor deste trabalho participou da palestra proferida pelo Prof. Alexy, posteriormente a palestra foi traduzida por Luis Afonso Heck e publicada: ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999.

constituição concreta (no presente estudo, à Constituição brasileira de 1988), consiste no reconhecimento, definido pelo constituinte, de que determinado direito humano deve ter um tratamento diferenciado em relação aos outros direitos, inclusive constitucionais.

Mais uma vez, ressalta-se que tanto os direitos formalmente fundamentais como os (só) materialmente fundamentais se diferenciam dos demais direitos, no sentido de serem tratados como normas de hierarquia superior às demais, ficando indisponíveis para o Estado na sua função legislativa, considerando-se cláusulas *pétreas* (art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição brasileira), ou seja conteúdos que não podem ser modificados por emendas à constituição e, ainda, na maior medida possível, vinculam todos os destinatários à aplicabilidade imediata, impondo aos órgãos estatais o dever de otimização de sua eficácia e efetividade (art. 5º, § 1º da Constituição brasileira).

Portanto, por minha perspectiva, o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental (assunto do próximo capítulo) por atender os requisitos que fundamentam a caracterização de um direito como fundamental. Nesse sentido, indubitavelmente o direito de acesso à água é um direito considerado essencial ao resguardo e à promoção da dignidade humana. O titular desse direito, ao ser impedido de exercê-lo ou pelo simples fato de não ter as condições fáticas para o exercício do direito, tem a sua dignidade humana desrespeitada ou desconsiderada.

Penso que o direito de acesso à água potável atende o requisito de caracterização como direito fundamental por ser um direito que exerce uma função social. Um direito, para ser definido como fundamental, além de ser considerado essencial para o respeito à dignidade humana, deve cumprir uma função social. Nesse sentido, é obvio que o direito de acesso à água potável se reveste de essencialidade e significância tanto para o Estado como para a sociedade.

Por fim, o direito de acesso à água potável é um direito humano que deve ser reconhecido como materialmente fundamental. É um direito que, na sua dimensão subjetiva, refere-se a interesses e carências que são tão fundamentais que a necessidade de respeito, proteção ou fomento se deixa

fundamentar pelo direito, ao ponto de sua não satisfação significar grave sofrimento (atinge a dignidade humana), podendo significar, também, a perda da autonomia do ser e até mesmo a “a morte”.

3.5 Considerações finais do capítulo 3

Neste terceiro capítulo, verificamos os fundamentos justificadores da caracterização de um direito como fundamental, a fundamentalidade do direito ao meio ambiente e dos direitos sociais e o conceito de direitos fundamentais. A definição de direitos fundamentais está estreitamente relacionada com a ordem constitucional adotada por determinado Estado. Em razão disso, é impossível conceituar direitos fundamentais com validade universal. Nesse sentido, o conceito que formulamos para ser adotado neste trabalho considera o contexto em que está inserido o ordenamento jurídico brasileiro.

A expressão ‘direitos fundamentais’ tem sua origem no texto de uma Constituição que não chegou a vigorar: a Constituição de 1849 elaborada pela Assembleia de Frankfurt. Essa expressão apresentava como significado o caráter de reconhecimento de determinados direitos e não da criação desses direitos pelo Estado. Inicialmente, foi estabelecido um catálogo de direitos fundamentais, posteriormente, ocorreu a evolução para uma “teoria dos direitos fundamentais”.

Assim, pela perspectiva que adoto, a tentativa de conceituar Direitos Fundamentais identificando elementos comuns encontrados nesses direitos não significa pretender um conceito com validade universal, no entanto, incontestavelmente os direitos fundamentais, de forma geral, ao serem exercidos pelos indivíduos efetivam a promoção e o respeito à dignidade humana. Portanto, um elemento comum que pode ser indicado é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além dessa vinculação à dignidade humana, os direitos fundamentais estão relacionados com a vida, com a liberdade, com a igualdade e com a participação política. Portanto, quando um determinado direito ao ser exercido

estiver efetivando um desses valores, teremos a certeza de ser esse um direito fundamental.

No decorrer deste trabalho o conceito que utilizo para Direitos Fundamentais é no sentido de definir que esses direitos são posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente, expressas na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais (fundamentalidade material), estruturadas na forma de princípios e regras, que exercem funções tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações, tendo como finalidade precípua a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana.

Dessa definição, verifica-se que há direitos fundamentais em sentido formal e, ao mesmo tempo, material e direitos fundamentais apenas em sentido material. Os primeiros são aqueles que estão positivados de forma expressa, enquanto que os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que têm a sua fundamentalidade reconhecida pela cláusula de abertura constitucional.

Algumas características diferenciam os direitos fundamentais dos demais direitos. Primeiro: são superiores aos demais direitos; segundo: vinculam substancialmente todos os órgãos do poder público impondo a sua normatividade e vinculam, na medida do possível, também os particulares; terceiro: são normas autoaplicáveis, portanto com eficácia imediata, ressalvadas as relativizações necessárias para a fixação de restrições e limites; quarto: são normas (na sua grande maioria) que estão imunes às decisões de maioria legislativa (cláusulas pétreas), portanto, não são passíveis de alteração ou supressão por meio de Emendas à Constituição.

Portanto, diante do conceito adotado e das características dos direitos fundamentais, é possível verificar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Essa tarefa será empreendida no próximo capítulo ao verificarmos que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como fundamental, considerando que o nosso ordenamento reconhece como fundamentais, também, as posições jurídicas

decorrentes de regras ou princípios constitucionais, que tenham por objetivo a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana.

Cumpra assinalar que também é relevante para a compreensão do reconhecimento do direito de acesso à água como direito fundamental a identificação dos direitos sociais como direitos fundamentais, principalmente, no tocante ao reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água, conforme será analisado no próximo capítulo.

Não podemos esquecer que os direitos fundamentais sociais foram positivados a partir da evolução do próprio Estado e dos anseios dos movimentos sociais por consolidar novos direitos. Na Constituição brasileira os direitos fundamentais sociais estão em capítulo próprio, dentro do catálogo dos direitos fundamentais. Dessa forma, esses direitos impõem ao Estado a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e de implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, tendo em vista que as condições materiais necessárias para concretizar a igualdade são relevantes para viabilizar o efetivo exercício da liberdade.

Vale ratificar que está superada a distinção entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais. Na Constituição Brasileira não foi adotada a sistematização de dividir e aplicar regimes diferenciados a direitos, liberdades e garantias, por um lado, e a direitos econômicos, sociais e culturais, por outro, divisão essa consolidada no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU - pela adoção de dois pactos: Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Entendo que está superada, também, a ideia de que os direitos sociais comportariam apenas normas programáticas, ou seja, meras “recomendações” para os poderes Legislativo e Executivo. É preciso considerar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que outorga a máxima eficácia e efetividade possível, também, aos direitos sociais.

Entendo que os direitos sociais são direitos fundamentais referidos à pessoa individual. Os direitos sociais são exercidos por indivíduos, portanto não prospera a alegação de que os direitos sociais são direitos de titularidade

coletiva e não individual. Como vimos, os direitos sociais são normas fundamentais dotadas de suficiente relevância e essencialidade que obrigam o Estado de forma objetiva e, correspectivamente, garantem direitos subjetivos.

Convém ressaltar, ainda, que a caracterização do direito ao ambiente como direito fundamental é de suma importância para o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental. É possível identificar no conteúdo do direito fundamental ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado o direito de acesso à água.

Cumpramos registrar minha total concordância com o professor Vasco Pereira da Silva que faz a defesa de que o direito ao ambiente, por ser um direito fundamental, possui a natureza de direito subjetivo, ressaltando que o direito ao ambiente, assim como os demais direitos fundamentais, é direito subjetivo, na medida em que possui uma dimensão negativa, enquanto direito de defesa contra agressões de entidades públicas e privadas na esfera individual constitucionalmente protegida; por outro lado, configura-se como estrutura objetiva da comunidade, enquanto conjunto de valores e princípios conformadores de toda a ordem jurídica que estabelecem deveres de atuação e tarefas de concretização para os poderes públicos.

Concordo, também, que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental completo, considerando que esse direito representa um conjunto de funções e situações diferentes vinculadas à tutela de direitos fundamentais. Assim, o direito ao ambiente exerce a função de direito de defesa, ou seja, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente; exerce a função de direito de proteção: um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente; um direito a procedimentos: um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente e, ainda, a função de direito a prestação fática: um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente.

Portanto, entendo que o direito fundamental ao ambiente, além de se configurar como estrutura objetiva da comunidade, configura-se como direito subjetivo vinculado à dignidade da pessoa humana, comportando no seu

conteúdo uma série de posições jurídicas de fruição individual, dentre essas posições, o direito de acesso à água potável.

Os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental devem ser analisados à luz da Teoria Pós-Positivista. É precisamente com a superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico que surge a teoria Pós-Positivista. Com o surgimento dessa nova teoria ocorre o abandono da Teoria Positivista que justifica a razão de ser dos direitos fundamentais no sistema de supremacia formal das normas jurídicas e na verificação de pressupostos lógico-formais de vigência. Da mesma forma, ocorre o abandono da Teoria Jusnaturalista que justifica a razão de ser dos direitos fundamentais em normas naturais (morais) superiores e anteriores ao próprio estado.

O Pós-Positivismo se diferencia das demais teorias por apresentar algumas características próprias como: relação intrínseca entre Direito e moral, reconhecimento da força normativa dos princípios e criação de uma nova interpretação constitucional que faz com que a Constituição passe a ocupar o centro do sistema. Nesse sentido, a partir dessas características, podemos concluir que pela teoria Pós-Positivista um direito poderá ser caracterizado como fundamental se efetivamente o seu conteúdo comportar uma fundamentalidade substancial relacionada com a dignidade humana.

Portanto, entendo que os direitos fundamentais estão diretamente relacionados a dignidade da pessoa humana. Um direito qualquer, quando estiver em conexão com a dignidade humana, deve ser qualificado como fundamental. Dessa forma, o direito de acesso à água potável, mesmo não sendo um direito constitucional expresso, deve ser considerado um direito materialmente fundamental, por estar estreitamente vinculado à dignidade humana.

Assim, quanto à fundamentalidade dos direitos, podemos efetuar as seguintes classificações: Os direitos são formal e materialmente fundamentais se estão incorporados a uma constituição e, ao mesmo tempo, relevantes para o Estado e para a sociedade. São apenas formalmente fundamentais se estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade. São materialmente

fundamentais se, embora se revelando, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem expressos na constituição.

Tenho a convicção de que os três fundamentos que justificam caracterizar um direito como fundamental devem ser observados, na maior medida possível, de forma simultânea.

O primeiro fundamento de que Direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana, apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro de conformidade com o qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, temos que considerar aquelas normas relacionadas aos serviços de fornecimento de água potável como normas que devem garantir o direito de acesso e, conseqüentemente, respeitar e promover a dignidade humana.

O segundo fundamento (de que os direitos fundamentais exercem uma função social) se refere à importância que os direitos devem ter para a sociedade. Portanto, não pode haver supremacia do interesse individual, nem do coletivo, mas uma necessária relação de complementaridade. Assim, os direitos, para serem caracterizados como fundamentais, devem ser importantes, também, para a coletividade.

O terceiro fundamento (de que os direitos fundamentais são, preponderantemente, direitos humanos convertidos em direito constitucional ou reconhecidos como normas equivalentes às constitucionais) notadamente quanto ao aspecto da universalidade dos direitos e de seus titulares e, ainda, do aspecto relacionado à fundamentalidade concreta ou substancial, pode ser verificado ao constatarmos que determinado direito humano ao ser violado ou não satisfeito possa significar grave sofrimento, a perda da autonomia do ser ou, até mesmo, a morte.

Concluimos, portanto, que o direito de acesso à água potável deve ser definido como um direito fundamental por termos constatado a presença dos fundamentos justificadores da fundamentalidade dos direitos. Como vimos, não há dúvidas de que se trata de um direito essencial ao resguardo e à promoção

da dignidade humana, ao mesmo tempo, é um direito que exerce uma função social e, por fim, é um direito humano que tem a sua fundamentalidade reconhecida (tema do próximo capítulo). Ademais, o conceito que adotamos para direitos fundamentais é claramente aplicável ao direito de acesso à água potável, sendo que este, por sua vez, tem a sua fundamentalidade reconhecida por decorrer do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, além de estar vinculado aos direitos sociais, principalmente, à função prestacional, o que reforça a minha tese de que o dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento deriva do reconhecimento desse direito como fundamental.

CAPITULO 4

4. AS MULTIPLAS FORMAS DE RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

Bendita a sede
por ensinar-nos a pureza
da água.
Bendita a sede
por congregar-nos em torno
da fonte.
(*Orides Fontela*)

4.1 O reconhecimento dos direitos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional

O direito de acesso à água potável não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, portanto, faz-se necessário analisar os fundamentos utilizados para reconhecer o acesso à água como um direito fundamental de todos os cidadãos nacionais e estrangeiros, residentes ou de passagem pelo território brasileiro.

Para tal objetivo, primeiramente é preciso ter claro o conceito de direitos fundamentais, conteúdo analisado no Capítulo 3; em segundo lugar, reveste-se de importância a identificação do em que consiste o direito de acesso à água potável, conteúdo abordado no Capítulo 2; por fim, neste capítulo, cabe identificar as possibilidades concretas de caracterização desse direito como fundamental.

Inicialmente, é necessário ter presentes as premissas e as definições simples como as que integram o conceito do próprio direito e dos direitos fundamentais. Assim, convém lembrar ensinamentos de Norberto Bobbio: “[...] se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”⁴⁸².

⁴⁸²BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10°. Edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999, p.21.

Da mesma forma, quanto aos direitos fundamentais não há como serem dissociados da ideia de sistema. “Aludir a um sistema constitucional dos direitos fundamentais sugere, de imediato, a questão da interdependência ou mútua implicação existente entre tais direitos; já que a unidade de sentido não aparece como uma qualidade das singulares formulações normativas de cada um dos direitos fundamentais, mas como uma característica de todos eles como conjunto”⁴⁸³. Importante, também, ressaltar que esse conjunto dos direitos fundamentais instituídos como normas constitucionais é que define o ideal político de uma sociedade de livres e iguais e, como consequência disso, são exatamente as cláusulas gerais da liberdade e da igualdade que podem ser invocadas pelas pessoas para que se reconheçam novos direitos fundamentais decorrentes do respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, para caracterizar o acesso à água como um direito fundamental é preciso verificar, por meio de um processo metodológico dedutivo simples, se esse direito, com todas as suas peculiaridades, corresponde ao que foi definido como direito fundamental. Além disso, por meio de um processo metodológico mais complexo, é necessário justificar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Dessa forma, é relevante lembrar o conceito de Direitos Fundamentais adotado neste trabalho⁴⁸⁴. No Estado brasileiro, o direito de acesso à água potável, por não ser norma expressa no texto constitucional (fundamentalidade formal), é tratada como norma que deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como equivalente ou equiparada às constitucionais (fundamentalidade material).

Nesse sentido, antes de analisar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável como conteúdo de outros direitos fundamentais, como do direito ao meio ambiente, tema a ser abordado no tópico 4.2; ou a fundamentalidade do direito de acesso à água a partir dos tratados

⁴⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 18.

⁴⁸⁴ Conceito de Direitos Fundamentais, tópico 3.1, do terceiro capítulo: “Direitos Fundamentais são posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente, expressas na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais (fundamentalidade material), estruturadas na forma de princípios e regras, que exercem funções tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações, tendo como finalidade precípua a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana”.

internacionais, tópico 4.3; ou ainda, a fundamentalidade do direito de acesso à água a partir dos princípios constitucionais, tópico 4.4, é imprescindível verificar à luz do ordenamento jurídico brasileiro ‘a fundamentalidade dos direitos a partir da cláusula de abertura constitucional’. Esse é o tema do presente tópico, sendo que de forma superficial será analisado o processo de constitucionalização dos direitos, processo esse que caracteriza os direitos fundamentais tanto em sentido formal como em sentido material.

A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, também denominada de ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos da atual Constituição Brasileira, admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não expressos, não escritos ou não enumerados). Assim, com a adoção da “cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais”⁴⁸⁵, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

Nesse viés, a Constituição Brasileira aceita outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. “Esses direitos não são aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam e, sim, aqueles que são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”.⁴⁸⁶

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁸⁷ deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. No mesmo sentido, referindo-se ao reconhecimento de direitos implícitos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “a enumeração

⁴⁸⁵ Assim denomina o Prof. Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 162).

⁴⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Podivm, 2008, p.617.

⁴⁸⁷ Art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa”, concluindo que “este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias não exclui outros resultantes do regime e dos princípios adotados”.⁴⁸⁸

A origem dessa cláusula, incluída desde a primeira Constituição Republicana de 1891, tem como referencial histórico a Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo.

Portanto, as normas de direitos fundamentais não se restringem aos dispositivos constitucionais previstos no capítulo próprio. No direito brasileiro, elas se apresentam de diferentes formas, seja como enunciados de emendas constitucionais ou de tratados de direitos humanos, ou ainda, de forma não escrita, como normas implícitas, decorrentes de outros dispositivos constitucionais, do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais. Doutrinariamente, essa classificação tem sido divergente. As diferenças não são significativas, elas aparecem com maior intensidade quanto à terminologia usada pelos doutrinadores, o que pode ser facilmente identificado na análise de algumas classificações.

Flávia Piovesan⁴⁸⁹ classifica os direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira em três grupos: 1) o dos direitos expressos na Constituição; 2) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, por último, 3) o dos direitos implícitos, ou seja, direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Nessa classificação os direitos fundamentais dos grupos 2 e 3 têm sua fundamentalidade justificada pela Cláusula de Abertura prevista no Art. 5º, § 2º e 3º da Constituição brasileira.

⁴⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.30.

⁴⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.

Ingo Sarlet⁴⁹⁰ efetua uma classificação dos direitos fundamentais em dois grupos: 1) direitos fundamentais escritos, os quais se subdividem em (a) direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional e (b) direitos sediados em tratados internacionais; 2) direitos fundamentais não-escritos, os quais podem ser (a) direitos implícitos (posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), ou (b) direitos decorrentes do regime e dos princípios.

José Afonso da Silva⁴⁹¹, ao classificar os direitos individuais previstos na Constituição brasileira, refere-se a três grupos: 1) direitos individuais expressos, citando como exemplo aqueles explicitamente enunciados nos incisos do Art. 5º; 2) direitos individuais implícitos, citando como exemplo aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias como aqueles que resultam de certos desdobramentos do direito à vida; 3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, citando como exemplo de direito fundamental decorrente do regime o direito à resistência.

Assim, sem destoar drasticamente das classificações apresentadas, classificamos as normas de direitos fundamentais, previstas ou reconhecidas pela Constituição brasileira, em quatro grupos: 1) Expressas ou escritas na Constituição: (a) no catálogo dos direitos fundamentais; (b) fora do catálogo e dispersas no texto constitucional; 2) Expressas ou escritas fora da Constituição: (a) nas Emendas Constitucionais; (b) nos tratados de Direitos Humanos internalizados pelo Art. 5º, § 3º; 3) implícitas: (a) implícitas no sentido estrito ou implícitas propriamente ditas, que resultam de uma dedução das normas fundamentais expressas na Constituição, (b) implícitas decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais; 4) expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com Art. 5º, § 2º.

⁴⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 161.

⁴⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004, p. 193.

Tal classificação é adotada no sentido de facilitar a identificação de quais normas são ‘formal e materialmente fundamentais’ (grupos 1 e 2) e quais são ‘só materialmente fundamentais’ (grupos 3 e 4). Além disso, são facilmente identificadas como normas que têm a fundamentalidade reconhecida a partir da cláusula de abertura constitucional aquelas classificadas nos grupos 3 e 4.

Assim, são normas formalmente fundamentais, ou direitos fundamentais constitucionalizados formalmente, aquelas positivadas ou incorporadas na ordem jurídica positiva, seja no catálogo desses direitos (parte da Constituição em que se enumeram os direitos fundamentais), seja fora do catálogo (direitos dispersos no próprio texto) ou fora do texto, como as Emendas Constitucionais brasileiras (a exemplo do direito de aposentadoria integral, previsto no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47 de 05 de julho de 2005⁴⁹²) e, ainda, os direitos humanos provenientes de tratados internacionais internalizados pelo procedimento do Art. 5º, § 3º da Constituição⁴⁹³. Outrossim, são normas materialmente fundamentais, ou direitos reconhecidos pela Constituição como fundamentais, aquelas que resultam de uma dedução das normas fundamentais expressas na Constituição, aqueles que decorrem do regime democrático e dos princípios constitucionais e aquelas que constam nos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com Art. 5º, § 2º.

A Carta Magna brasileira enuncia no Título II um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sistematizadas em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos. Os direitos fundamentais individuais e coletivos estão elencados nos incisos I a LXXVIII do art. 5º. Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5º que se encontram tais direitos. A Constituição de

⁴⁹² Emenda Constitucional nº 47, art. 3º: “Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: (...).

⁴⁹³ Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

1988 bem claramente se refere aos direitos e garantias expressos "nesta Constituição", ou seja, em toda a Carta Constitucional, de forma que podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional outros direitos e garantias não expressamente inscritos no seu art. 5.º. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁹⁴, trata-se de *cláusula pétrea*, por exemplo, aquela garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, "b", da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária).

Outros direitos fundamentais dispersos que podem ser referidos: o direito de igual acesso aos cargos públicos, de associação e de greve dos servidores públicos (art. 37, incisos I, VI e VII); os direitos sociais extensíveis aos servidores públicos (art. 39, § 3º); o direito à iniciativa popular legislativa (artigo 61, § 2º); a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX); a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério (art. 206, II); o direito ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (artigo 208, inciso I); a garantia do exercício dos direitos culturais (artigo 215); o direito da comunicação social (art. 220); o direito ao meio ambiente (art. 225); o direito à especial proteção da entidade familiar (artigo 226); a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (artigo 226, § 5º); o direito dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório (artigo 227, § 6º); a liberdade de planejamento familiar (artigo 226, § 7º); o direito à proteção especial das crianças, adolescentes e idosos (artigos 227 e 230); o direito à inimizabilidade penal até os dezoito anos (artigo 228); o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (artigo 230, § 2º).

Além dos direitos fundamentais elencados nas Emendas Constitucionais, é possível acrescentar novos direitos constitucionais formalmente

⁴⁹⁴ O STF decidiu que a Emenda Constitucional n.º 3/93, ao pretender subtrair a garantia constitucional da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4.º, IV da Carta da República. É dizer, a EC n.º 3, de 17 de março de 1993, que instituiu o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º, do art. 2.º que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, "b", e VI, da Constituição, por se tratar de garantia constitucional do cidadão (cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 150/68 ou DJ de 18.03.94, p. 5165).

(sem estar incluídos no texto) a partir do procedimento previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, que prevê de forma bem específica o procedimento a ser adotado para a incorporação, no sistema interno, dos tratados internacionais de direitos humanos. Como pode ser visto, para que se realize o processo de constitucionalização formal dos direitos humanos elencados em tratados ou convenções, esses deverão ser aprovados em procedimento semelhante às emendas constitucionais⁴⁹⁵.

Por outro lado, é possível encontrar, também, na Constituição Federal de 1988 inúmeros direitos e garantias que pelo seu conteúdo não seriam direitos fundamentais, mas que, por vontade do Poder Constituinte Originário, e mesmo do Derivado, se tornaram formalmente fundamentais quando ingressaram no texto constitucional⁴⁹⁶.

O reconhecimento de um determinado direito como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional pode ser denominado de processo de constitucionalização material de direitos fundamentais. Esse processo consiste em considerar direitos (de acordo com o significado e conteúdo) como autênticos direitos fundamentais, sem, necessariamente, estarem expressos no texto da Carta Magna; implica terem esses direitos um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais.

Assim, tanto os direitos fundamentais expressos ou escritos (na própria Constituição, nas Emendas ou nos tratados de direitos humanos internalizados pelo procedimento específico) como aqueles não expressos ou implícitos, direitos com valor de norma constitucional, têm um regime jurídico especial, com os seguintes efeitos (decorrentes desse processo de constitucionalização):
1) são protegidos pela constituição como normas supremas, portanto,

⁴⁹⁵ A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foram aprovados no Congresso Nacional pelo procedimento do Art. 5º, § 3º. Assim, no dia 09 de julho de 2008 foi aprovado o Decreto Legislativo nº 186 e no dia 25 de agosto de 2009 foi promulgado o Decreto 6.949. (BRASIL. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 27 ago. 2013).

⁴⁹⁶ Defende a tese de que poderá haver preceitos incluídos no catálogo constitucional que não constituam matéria de direitos fundamentais: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 77.

prevalecem sobre as normas infraconstitucionais; 2) não podem ser abolidos (materialmente) por emenda constitucional, seus conteúdos não podem ser objeto de emendas tendentes à redução ou eliminação de direitos (direitos exercidos pelo indivíduo); 3) vinculam imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo) e, na maior medida possível, os particulares e 4) desfrutam, também, na maior medida possível, de aplicabilidade imediata.

Portanto, os direitos materialmente constitucionais gozam de idêntica hierarquia e prestígio que os formalmente constitucionais, assim, quando em conflito com outros direitos fundamentais, resolve-se o caso pela mesma forma tradicional de solução de conflitos. Ressaltamos, porém, que, tratando-se de Direitos Humanos, aplica-se o princípio da norma mais favorável à pessoa.

A constitucionalização material ou, como preferem Alexy e Canotilho, “a fundamentalidade num sentido material”⁴⁹⁷, dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Se o direito, face ao seu conteúdo, é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, sobretudo no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa, ele é fundamental, independentemente de ser positivado.

Necessário também distinguir os direitos fundamentais (materiais) dos direitos constitucionais, pois entendo que nem todos os direitos constitucionais são direitos materialmente fundamentais.

O regime jurídico dos direitos fundamentais não se aplica a qualquer direito constitucional. Alcança somente os fundamentais, sejam formais ou materiais. Os direitos constitucionais gozam de *status* próprio, o que não se confunde com o regime jurídico dos direitos fundamentais. Por exemplo, nos casos do direito constitucional das sociedades cooperativas ao adequado tratamento tributário ao ato cooperativo por elas praticado (art. 146, III, “c” da CF/88)⁴⁹⁸, ou no direito constitucional de incidir o regime jurídico mais benéfico

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Melhoramentos, 2008; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

⁴⁹⁸ Art. 146: “Cabe à lei complementar: (...); III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...); c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

para os herdeiros brasileiros nas sucessões de estrangeiros (artigo 5º, Inciso XXXI da CF/88)⁴⁹⁹, não se trata de um direito fundamental, o que não lhes retira o caráter de norma constitucional, somente podendo ser alterado pelo poder constituinte derivado e por meio de procedimento próprio.

Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não querer transformar todo e qualquer direito em fundamental, valendo-se da abertura do sistema constitucional, para tentar atribuir mais força a direitos que não tratam de matéria fundamental.

Deve-se ainda ter cautela na busca por direitos fundamentais no ordenamento jurídico, no sentido de verificar, antes de eleger um novo direito fundamental, se determinada esfera jurídica já não está protegida por um direito fundamental mais geral. Eis que, já existindo proteção de uma determinada esfera jurídica por um direito fundamental mais genérico e amplo, torna-se desnecessário encontrar um suporte jurídico mais específico e genérico.

Não resta dúvida: se a Constituição protege uma esfera de liberdade maior, as liberdades "menores" estarão também protegidas pelo mesmo direito fundamental; não é necessário um direito fundamental específico, bastando uma interpretação racional de modo a alcançar a situação jurídica mais específica.

Paulo Otero, ao abordar o tema do perigo da abertura constitucional, faz ressalvas de que é compreensível que a cláusula aberta não pode converter-se num mecanismo de destruição, esvaziamento ou adulteração da materialidade dos direitos fundamentais, “a constitucionalização de novos direitos fundamentais por via da cláusula aberta não pode traduzir uma manifestação da arbitrariedade do Estado como “dono” dos direitos fundamentais”⁵⁰⁰. Aponta como solução o fato de que a cláusula aberta pode proceder à constitucionalização de novos direitos fundamentais desde que à

⁴⁹⁹ Esse é um exemplo, também, de norma formalmente fundamental e não materialmente fundamental: Art. 5º (...) - XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cujus”.

⁵⁰⁰ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 534.

luz da respectiva conexão com a essência da natureza do ser humano e da sua dignidade inviolável. A legitimação e validade dos direitos fundamentais não se encontram no fato de serem criados pelo estado e nos termos da Constituição, assevera Paulo Otero, reforçando que: “antes a sua materialidade reside na referida conexão com a natureza do ser humano e sua dignidade inviolável”⁵⁰¹.

A constitucionalização material prevista na Constituição da República Portuguesa, art. 16, nº 1, possibilita que sejam consideradas como direitos fundamentais certas situações tão-só consagradas em lei ou em regras internacionais.

Como exemplos de direitos “extra constitucionais”, constantes de leis portuguesas, pode-se citar: direito de recusa de exames e tratamentos hospitalares (artigos 80º e 82º do Estatuto Hospitalar); certos direitos dos reclusos (direito a visita); certos direitos dos estrangeiros (direito ao reagrupamento familiar). Exemplos de direitos fundamentais constantes de convenções internacionais: proibição da prisão por dívidas (art. 1º do protocolo adicional nº 4 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem); proibição de sujeição de qualquer pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento (artigo 7º, segunda parte, do Pacto Internacional de direitos civis e Políticos de 1966)⁵⁰².

O processo de constitucionalização material, tendo por base a cláusula aberta prevista na Constituição brasileira no art. 5º, § 2º, admite a fundamentalização daqueles direitos não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, ou seja, de conteúdo e importância, são direitos fundamentais equivalentes aos direitos formalmente constitucionalizados. A ‘não-tipicidade’ de direitos fundamentais está presente no ordenamento jurídico brasileiro naqueles direitos denominados ‘implícitos propriamente ditos’, que são os resultantes da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais já expressamente enumerados no catálogo constitucional.

⁵⁰¹ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 534

⁵⁰² ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 48-49.

No próximo tópico, o direito de acesso à água potável será analisado na perspectiva de direito fundamental implícito, como resultado da redefinição do campo de incidência do direito fundamental ao meio ambiente.

A ‘não-tipicidade’ também está presente naqueles direitos que decorrem do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro e dos princípios constitucionais (principalmente daqueles identificados pelo conteúdo comum baseado no princípio da dignidade humana) e, ainda, de normas oriundas de tratados de direitos humanos.

Quanto à menção que faz a Constituição Federal aos direitos decorrentes do regime e dos princípios, direitos fundamentais implícitos no sentido amplo, é preciso considerar a lição de David Wilson de Abreu Pardo de que não existem direitos decorrentes do regime, por um lado, e direitos decorrentes dos princípios, por outro. “Há simplesmente direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Não poderia ser diferente. Os princípios da Constituição delineiam um regime próprio, que é o regime democrático.”⁵⁰³

A despeito de ser difícil mencionar exemplos de direitos fundamentais implícitos decorrentes do regime, em razão, principalmente, da extensão do catálogo de direitos expressamente previstos no texto constitucional, tem sido apontado, como um deles, o denominado direito de resistência. A resistência combina com os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, manifestando-se na desobediência civil e no direito à revolução.

A desobediência civil⁵⁰⁴, como expressão do direito de resistência, “deve ser entendida como um mecanismo indireto de participação da sociedade, já que não conta com suficientes canais participativos junto às esferas do Estado, e precisaria deles para poder representar-se como ente

⁵⁰³ PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), Florianópolis, 2005, p. 271.

⁵⁰⁴ A desobediência civil como direito fundamental é abordada de forma magnífica por Maria Garcia (GARCIA, Maria. *Desobediência civil: Direito Fundamental*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

político legítimo”⁵⁰⁵. Ou, de outra forma, o fenômeno da desobediência civil aparece quando os canais normais para mudanças do ato impugnado já não funcionam ou as queixas não serão ouvidas, nem terão qualquer efeito.

O direito de resistência está expressamente mencionado na Alemanha, na Lei Fundamental de Bonn, ao dispor no seu art. 20.4 que: “Contra qualquer um que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.”⁵⁰⁶ Também a Constituição Portuguesa, em seu art. 21 dispõe: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”⁵⁰⁷

Portanto, os direitos fundamentais decorrentes do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição, denominados como direitos fundamentais implícitos, no sentido amplo, são aqueles direitos que derivam de uma interpretação do Estado Democrático de Direito e dos princípios formalmente expressos ou consensualmente reconhecidos pela Carta Máxima. É possível identificar o direito de acesso à água potável a partir de princípios elencados ou reconhecidos pela Constituição brasileira, conforme será analisado no tópico 4.4.

No tocante à parte final do artigo 5º, § 2º, referente aos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, a constitucionalização material ou a fundamentalização desses direitos é assunto complexo e polêmico. As teses principais em discussão no Brasil são de que os tratados de direitos humanos podem ser incorporados ao Direito interno brasileiro: 1. como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º); 2. como Direito constitucional (posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF e, voto do Min. Celso de Mello (março de 2008 no Habeas Corpus nº 87.585); 3. como

⁵⁰⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14ª edição. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 698.

⁵⁰⁶ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 04 ago 2014.

⁵⁰⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013.

Direito supralegal e infraconstitucional (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP)⁵⁰⁸.

Assim, quanto às duas primeiras posições há concordância de que os direitos humanos de tratados poderão ser constitucionalizados, passando a caracterizar-se como normas fundamentais, no entanto, a posição que considera direito supralegal e infraconstitucional não admite o processo de constitucionalização dessas normas.

É de se ressaltar o voto proferido pelo Ministro Celso de Melo, em março de 2008, que, alterando sua posição anterior sobre o tema, deixou de considerar a prisão civil por dívidas do depositário infiel uma exceção constitucional, e passou a considerá-la inadmissível. Em seu voto, citando doutrinadores como Flávia Piovesan e Cançado Trindade, defendeu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, §2, da Constituição Federal, aplicável, portanto, aos tratados de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tornando inconstitucional a prisão do depositário infiel. Ainda sobre o tema, invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para complementar a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem ter a proteção constitucional, portanto, devem ser considerados materialmente constitucionais.

Assim, entendo que a posição exarada no voto do Ministro Celso de Melo é a mais coerente com a teoria dos direitos fundamentais, por isso, minha total discordância com a posição adotada pelo STF (decisão por maioria de votos) ao optar pela hierarquia supralegal e não pela hierarquia constitucional aos direitos humanos de tratados internalizados no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ RE 466.343/SP e HC 87.585/TO. Disponível no site: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 10 set. 2011.

⁵⁰⁹ Essa posição do Ministro Celso de Melo foi referida e adotada como a mais coerente *in* PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijui, 2010.

Portanto, para caracterizar o direito de acesso à água potável como um direito fundamental a partir dos tratados internacionais de direito humanos, é necessário se posicionar nessa divergência doutrinária, concordando com aqueles juristas que reconhecem a cláusula de abertura do Art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira como um mecanismo de constitucionalização dos direitos humanos, tema que será aprofundado no tópico 4.3.

Um bom exemplo de direito reconhecido como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional é o direito à moradia. Antes da positivação na Constituição Brasileira do direito à habitação⁵¹⁰, o Estado Brasileiro já havia se comprometido com esse direito na esfera do Direito Internacional, quando ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, que no seu artigo 11, declara que "os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida."⁵¹¹ Portanto, por conta desse Pacto internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1992, o direito à moradia, desde então, também era caracterizado como um direito fundamental em decorrência da cláusula de abertura constitucional que reconhece a fundamentalidade dos direitos humanos constantes em tratados internacionais.

É preciso ver, também, que, antes mesmo da inclusão formal no texto da Constituição, o direito à moradia já era reconhecido como um direito fundamental implícito inferido a partir de determinados dispositivos

⁵¹⁰ O direito à moradia, incluído formalmente no texto constitucional entre os direitos fundamentais sociais do Artigo 6º, é resultado da Emenda Constitucional nº 26 do ano 2000. Tal emenda foi consequência da mobilização dos movimentos sociais que, no final dos anos 1990, coletaram milhares de assinaturas em um projeto de lei de iniciativa popular, objetivando a implementação de uma política nacional de habitação e, também, por influência das conferências promovidas pela ONU sobre esse tema: Conferência de 1976 que resultou na Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I e a Conferência de 1996, na Turquia, da qual resultou a Declaração de Istambul - Agenda Habitat II.

⁵¹¹ O pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226(1)/1991 e promulgado pelo Decreto nº 591/1992. (BRASIL. *Decreto 591*, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 31 jul. 2012).

constitucionais como: artigo 7º, inciso IV⁵¹², que definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas (inclusive a moradia) do trabalhador e de sua família; o art. 23, inc. IX⁵¹³ que dispõe sobre a competência comum dos entes federados para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais.

Vale lembrar, ainda, que, antes da positivação do direito à moradia, era possível, também, reconhecer esse direito como fundamental em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsão do art. 1º, inciso III⁵¹⁴, da Constituição Brasileira. Sem dúvida, a estreita vinculação do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana é visível quando se observa a função da moradia como condições materiais mínimas para uma existência digna. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão de 19.08.1999, Resp. nº 213422, em que o Relator Ministro José Delgado fez constar na Ementa que “a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88)”⁵¹⁵.

Em síntese, o direito à moradia está intrinsecamente vinculado à dignidade da pessoa humana, assim como mantém uma vinculação com o mínimo existencial. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, mesmo tendo ressalvas à caracterização dos direitos sociais como fundamentais, posicionou-se pela fundamentalidade do direito à moradia nas situações que envolvam

⁵¹² Constituição Brasileira, artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁵¹³ Constituição Brasileira, artigo 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...); IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”.

⁵¹⁴ Constituição Brasileira, artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana.

⁵¹⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. nº 213422. Relator Ministro José Delgado. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=213422&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 13 jun. 2013.

pessoas indigentes ou sem-teto, admitindo tratar-se de um dever do Estado por estar relacionado ao mínimo existencial⁵¹⁶.

Inegavelmente, o reconhecimento de novos direitos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional, seja como direitos fundamentais implícitos propriamente ditos, seja como decorrentes do regime e dos princípios, ou, ainda, como decorrência de direitos humanos previstos em tratados internalizados pelo Estado Brasileiro, somente ocorre após uma correta justificação da fundamentalidade de cada um desses novos direitos.

Essa justificação dos direitos fundamentais não escritos ou não expressos na Constituição é resultado da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais já expressos ou que podem também ser justificados com base no regime ou nos princípios ou, ainda, com base nos direitos humanos presentes nos tratados internalizados, sempre guardando uma relação estreita com o conteúdo do texto constitucional. Portanto, vislumbra-se múltiplas formas de reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental. Nos próximos tópicos, enfrentar-se-ão esses temas a começar pela verificação da fundamentalidade do direito de acesso à água potável como conteúdo de outros direitos fundamentais, notadamente, do direito fundamental ao ambiente.

4.2 A fundamentalidade do direito de acesso à água como conteúdo do direito fundamental ao ambiente

O direito de acesso à água potável, para ser identificado como um direito fundamental derivado do conteúdo de outros direitos fundamentais necessita de uma justificação plausível. Esse processo de justificação se dá, juridicamente, por meio do reconhecimento de um direito fundamental implícito em sentido estrito.

Os Direitos fundamentais implícitos em sentido estrito são aqueles definidos como direitos outorgados por normas que podem ser deduzidas

⁵¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289.

daquelas normas diretamente estatuídas no rol dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional.

O direito de acesso à água potável pode ser deduzido da norma que garante o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, expresso no *caput* do artigo 225⁵¹⁷ da Constituição Brasileira, norma essa de direito fundamental como foi demonstrado no tópico 3.3.

Como o direito de acesso à água potável não se encontra expressamente enumerado no catálogo constitucional, sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Uma norma implícita de direito fundamental é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais e identificável a partir do conteúdo de outro direito fundamental já expresso, como o direito ao ambiente previsto no artigo 225 da Constituição Brasileira.

A Constituição Brasileira estabelece no Título II (Artigo 5º ao 17) os direitos e garantias fundamentais, no qual estão contidas, dentre outras, as cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, imprescindíveis, na concepção de Dworkin⁵¹⁸, para a constituição de uma sociedade de livres e iguais. Estabelece, também, no Título I (Artigo 1º ao 4º) os princípios fundamentais do Estado brasileiro, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da soberania popular, o ideal político de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização, de promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos, de prevalência dos direitos humanos e de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Esse conjunto de princípios e regras é que possibilita uma interpretação construtiva que resulta na identificação de direitos fundamentais implícitos.

⁵¹⁷ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁵¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Portanto, são os princípios constitucionais que devem ser utilizados como critério de identificação dos direitos implícitos⁵¹⁹. O reconhecimento de um direito como fundamental, quando não há norma constitucional expressa, requer o estabelecimento prévio dos critérios da fundamentalidade, ou seja, da necessidade de se estabelecer quais características materiais constituem o citado direito e a sua conformidade com o ordenamento jurídico estabelecido, para que a definição do que representa a fundamentalidade não fique apenas ao arbítrio do intérprete.

O constituinte brasileiro, ao elaborar uma extensa e detalhada lista de direitos fundamentais, prevista no capítulo próprio ou esparsa no texto constitucional, objetivou concretizar as prerrogativas inerentes à liberdade e à igualdade. Todos esses direitos outorgados por normas expressas têm como finalidade última efetivar o respeito à dignidade humana, nada impedindo que se reconheça a existência de direitos implícitos, decorrentes de normas expressas, que tenham também como finalidade a observância da mesma dignidade, imprescindível para constituir uma sociedade solidária na qual prepondere a liberdade e a igualdade.

Convém lembrar que a primeira referência a direitos implícitos foi a instituição da cláusula aberta na Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo.⁵²⁰

Para Ronald Dworkin⁵²¹ os direitos implícitos se encontram entre os direitos explícitos, identificáveis pela interpretação construtiva da prática jurídica, em que o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios. Essa interpretação é própria da “teoria do direito como integridade”, na qual o ideal político da integridade se agrega aos princípios de justiça,

⁵¹⁹ É preciso registrar que o Professor Ingo Sarlet já nas suas primeiras obras, manifestou-se no sentido de afirmar que os direitos decorrentes são fundados nos princípios constitucionais fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010)

⁵²⁰ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijui, 2010, p. 50.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202.

equidade e devido processo, para a consolidação de uma sociedade de livres e iguais.

No direito brasileiro, o reconhecimento de que há direitos fundamentais implícitos aparece pela primeira vez na Constituição de 1891, com o art. 78, que assim previa: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”⁵²² Portanto, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos por meio da cláusula de abertura constitucional sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras, com exceção da primeira: a de 1824. Assim, desde a Constituição de 1891, sempre foi reconhecido o caráter aberto das normas que enunciam os direitos fundamentais⁵²³. No entanto, vários doutrinadores brasileiros⁵²⁴, sem procurar identificar os elementos que justificariam o reconhecimento de novos direitos, sempre se posicionaram refratários à natureza material dos direitos fundamentais.⁵²⁵

A jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem adotado, ainda que de forma tímida, uma concepção material dos

⁵²² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Art. 78. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 31 mai. 2013.

⁵²³ Indico como exemplos as constituições democráticas: A Constituição de 1934, no art. 114: a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 31 jul. 2014); a Constituição de 1946, no artigo 144: a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 31 jul. 2014); A constituição de 1988, no artigo 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013)

⁵²⁴ Há honrosas exceções de juristas, como a do prof. Ingo Sarlet, que exploraram esse tema de forma exaustiva e brilhante. Ver em: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵²⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 612.

direitos fundamentais. Como no caso da ADIn nº 939-7-DF⁵²⁶, relator Ministro Sydney Sanches, decisão de 15 de dezembro de 1993, já referida no tópico anterior, em que O STF decidiu que a Emenda Constitucional n.º 3/93, ao instituir o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira - IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, reconhecendo, assim, um direito fundamental implícito decorrente da garantia constitucional prevista no Art. 150, III, 'b' e VI, que veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Portanto, a partir de um dispositivo expresso na Constituição Brasileira, localizado de forma dispersa no texto constitucional, fora do rol dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal reconhece um direito fundamental implícito.

A identificação do direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito é algo que apenas, de forma muito tímida, tem sido referido em decisões dos tribunais brasileiros, conforme será verificado no tópico em que se analisa a interrupção do serviço público de abastecimento (tópico 6.1.5).

Assim, o direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito, deduzido de uma norma diretamente estatuída no texto constitucional, pode ser encontrado no artigo 225 (direito ao ambiente).

Indubitavelmente, é possível identificar no conteúdo do direito fundamental ao ambiente, previsto no art. 225, da Constituição Brasileira, o direito de acesso à água potável. Se a análise for feita a partir da sua dimensão ou perspectiva subjetiva, conforme verificado no tópico 3.2, inquestionavelmente, o direito subjetivo a um ambiente ecologicamente equilibrado, para ser exercido na sua plenitude, pressupõe determinadas garantias que possibilitem o acesso aos bens de uso comum do povo, incluindo-se a água potável. Por outro lado, o direito ao ambiente, ao se configurar como estruturas objetivas da comunidade, conforme ressalta Vasco

⁵²⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n.º 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 150/68 ou DJ de 18.03.94, p. 5165). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em 24 out. 2013.

Pereira da Silva⁵²⁷, compreende também uma dimensão positiva, como conjunto de valores e princípios conformadores de toda a ordem jurídica que estabelece deveres de atuação e tarefas de concretização para os poderes públicos. Nesse sentido, é possível identificar a tarefa ou a obrigação do Estado em garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

O direito ao meio ambiente, para Dirley da Cunha Junior, é um direito individual e ao mesmo tempo social: “Cuida-se, pois, de um direito simultaneamente considerado social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social, por isso mesmo considerado transindividual”⁵²⁸. Por outro lado, o direito ao meio ambiente diferencia-se de um direito individual ou de um direito social tradicional pelo simples fato de a obrigação correspondente ao direito ao ambiente não ser apenas dever jurídico do Estado, mas também do próprio indivíduo que é seu titular.

É necessário lembrar, também, Robert Alexy, ao afirmar que o direito ao meio ambiente é um exemplo de direito fundamental como um todo, ou seja, um direito fundamental completo, pois corresponde tanto a direito de defesa como a direito a prestações. O direito ao ambiente, além de estar associado a outros direitos fundamentais, pode corresponder a diversificadas situações, dentre elas: como ‘direito de defesa’, com a abstenção do Estado no tocante a determinadas intervenções no meio ambiente; como ‘direito de proteção’, com o Estado protegendo o titular do direito contra intervenções lesivas ao meio ambiente; como ‘direito a procedimentos’, com o Estado incluindo o titular do direito nos procedimentos relevantes para o ambiente e como ‘direito a prestações’, com o Estado adotando medidas que sejam benéficas ao meio ambiente.⁵²⁹

⁵²⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 90 e 91.

⁵²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Ed. Podivm, 2013, p.738.

⁵²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, p. 443.

Como se pode notar, também em relação ao direito fundamental ao meio ambiente emergem para o Estado as obrigações de respeitar, proteger e realizar, deveres esses que são características da vinculação do Estado aos direitos fundamentais.

É preciso ressaltar que há teses que definem o direito ao ambiente natural e o consequente direito de acesso a bens ambientais vitais como sendo meios de proteção ao direito fundamental à vida, na sua ampla dimensão. Essas ideias⁵³⁰ partem da demonstração de que a inter-relação e interdependência fundamentam a concepção de o direito à vida digna depender da proteção dos direitos ao meio ambiente. No mesmo sentido, porém, sem deixar dúvidas quanto à fundamentalidade do direito ao meio ambiente, Ingo Sarlet leciona que: “não se pode mais conceber uma existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável”⁵³¹.

Entendo que o direito à vida e outros direitos fundamentais como os direitos à saúde, à moradia e à alimentação, dentre tantos, estão estreitamente relacionados ao direito ao meio ambiente, principalmente, ao que José Afonso da Silva denomina de “Direito fundamental à qualidade do meio ambiente”⁵³². Não há qualquer espécie de dúvida de que a proteção da qualidade do meio ambiente é extremamente importante, senão imprescindível, para que os demais direitos fundamentais possam ser exercidos, inclusive o próprio direito fundamental de acesso à água potável.

Essa relação estreita entre o direito ao ambiente e alguns direitos fundamentais ocorre com enorme intensidade, sendo facilmente visível, em relação ao direito fundamental à vida. A Constituição brasileira define o direito à vida como um direito fundamental que tem como conteúdo várias

⁵³⁰ PINTO, Fabrício José da Fonseca. *Os direitos sociais como direitos fundamentais : unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais*. Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Constitucional apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Orientador: Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa. Lisboa: [s.n.], 2003.

⁵³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão*. In *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <<http://www.idb-fdul.com>>. Acesso em 18 jan. 2013, p. 770-771.

⁵³² SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59.

possibilidades de posições jurídicas, tanto de direito de defesa como de direito a prestações, como o direito à manutenção da vida ou o direito à vida com dignidade. Dessa forma, é inegável a relevância que tem o direito fundamental ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado para a manutenção da vida ou da sua imprescindibilidade para a garantia de uma vida digna.

Outra constatação incontestável é a de que os direitos sociais estão estreitamente relacionados ao direito à vida. Nesse sentido, é com razão que Jorge Miranda e Rui Medeiros⁵³³ citam Canotilho e Vital Moreira para afirmar que o direito à vida se revela: “como matriz originária dos principais direitos sociais”, implicando, assim, “o dever do Estado contribuir para a realização das prestações existenciais indispensáveis a uma vida minimamente digna”⁵³⁴.

Portanto, o direito à vida pode comportar tanto um direito de liberdade como um direito social. Na lição de Jorge Reis Novais, assim redigida: “quando, por exemplo, do direito à vida integramos tanto a garantia da proibição da pena de morte, quanto o chamado direito a um mínimo de existência vital, (...)”⁵³⁵, podemos identificar um direito de liberdade (a garantia da proibição de pena de morte) e um típico direito social (o direito a um mínimo de existência vital).

De acordo com André Ramos Tavares, “O direito à vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da exigência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”⁵³⁶. O direito à vida, para Jorge Miranda e Rui Medeiros, “mais do que um direito, liberdade e garantia, ele constitui o pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”⁵³⁷. Essa posição reforça a ideia de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente e de outros direitos fundamentais como o direito de acesso à água potável.

⁵³³ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 264.

⁵³⁴ CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa – anotada*. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 451.

⁵³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 150-151.

⁵³⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 387.

⁵³⁷ MIRANDA e MEDEIROS, 2005, p. 223.

Por outro lado, sem a satisfação das necessidades vitais, dentre elas o acesso à água potável, não há como considerar garantidos alguns direitos que são também fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à moradia, dentre outros. Assim, não basta que a população tenha acesso à água potável permitindo-lhe apenas a continuidade da vida. “É necessário mais que o mínimo: que a água seja potável e fornecida em quantidade suficiente para garantir às pessoas uma vida compatível com a dignidade humana”⁵³⁸, possibilitando o efetivo exercício de outros tantos direitos.

Dessa forma, entendo que o reconhecimento da tutela do direito de acesso à água potável pode ser visto, também, como um verdadeiro instrumento de proteção a um valor maior: o direito à vida. A relação entre o direito à vida e o acesso à água potável é uma realidade em diferentes locais do planeta. O direito à água é reconhecido como conteúdo do direito à vida na Índia. A Suprema Corte decidiu que tanto a água como o saneamento fazem parte do direito constitucional à vida previsto no artigo 21⁵³⁹. Na Índia, onde o direito à água não é consagrado expressamente como direito fundamental na Constituição nacional, os tribunais têm interpretado o artigo 21 da Constituição, sobre o direito à vida, como abrangendo o direito à água segura e suficiente. Em 1990, na Índia, o Tribunal Kerala, no caso *Attakoya Thangal versus União*, reconheceu a importância fundamental do direito à água: “O direito à água doce e o direito ao ar livre são atributos do direito à vida, pois esses são os elementos básicos que sustentam a própria vida”⁵⁴⁰.

O direito de acesso à água também está abarcado no direito à vida na sua dimensão positiva, de obrigação a prestações do poder público. Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, o direito à vida possui uma fortíssima dimensão positiva, nas palavras dos autores: “o direito à vida exige de uma forma muito clara um amplo conjunto de prestações por parte do poder público: prestações

⁵³⁸ VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Ed. livraria do Advogado, 2005, p. 25.

⁵³⁹ A Suprema Corte decidiu que tanto a água e saneamento fazem parte do direito constitucional à vida. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

⁵⁴⁰ O direito à água sob o Direito à Vida: Índia. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/timeline/legal-redress/the-right-to-water-under-the-right-to-life-india-2/>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

(estritamente) jurídicas e prestações fácticas (juridicamente alicerçadas).”⁵⁴¹ Nesse sentido, cabe ao Estado garantir, no tocante à água potável, um mínimo existencial, para que todos, indistintamente, tenham assegurada a quantidade de água suficiente para a manutenção da vida com dignidade.

Assim, é importante frisar que nesse contexto “o direito ao mínimo existencial não é reducionista, no sentido de que só lhe caberia garantir um mínimo dos mínimos”⁵⁴². No mesmo sentido, afirma Ingo Sarlet que o mínimo existencial “abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural”⁵⁴³.

O núcleo do que são direitos mínimos deve ser observado de acordo com o contexto social da época, que a partir da evolução das demandas sociais não é estranho que sejam reclamados também novos direitos, ou, velhos direitos ainda não efetivados apesar de muitas vezes assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, “a teoria do mínimo existencial tem a pretensão de oferecer a *rationale* que conduz à distribuição igual dos bens sociais, mediante a adoção de políticas públicas focalizadas e de escolhas orçamentárias racionais em um ambiente de escassez de recursos financeiros”⁵⁴⁴.

Para Ana Paula Barcelos, “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁵⁴⁵. Contextualizando a realidade brasileira a partir da Constituição de 1988, verifica-se que a “dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do

⁵⁴¹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 261.

⁵⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, nota prévia.

⁵⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 320.

⁵⁴⁴ TORRES, 2009, nota prévia.

⁵⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”⁵⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet ensina que “no âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana”⁵⁴⁷. Ricardo Lobo Torres assevera que “após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima”⁵⁴⁸. Nessa mesma linha de pensamento há quem sustente que os direitos sociais são, no âmbito do mínimo existencial, condições fundamentais para a democracia.⁵⁴⁹

Ingo Sarlet considera a dignidade humana como fundamento da garantia de uma existência digna de todos os indivíduos, utilizando a expressão “direito à garantia a uma existência digna” como significado de “mínimo existencial”, assim, caracterizando-o como um “direito-garantia”⁵⁵⁰.

Ricardo Lobo Torres enfatiza que o mínimo existencial é direito de dupla face que aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva. Como direito subjetivo faculta ao seu titular acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos direitos mínimos. Já a face objetiva aparece como norma da declaração de direitos fundamentais que deve atender da forma mais ampla as pretensões da cidadania.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 279

⁵⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 319.

⁵⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, nota prévia.

⁵⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.225 e ss.

⁵⁵⁰ SARLET, 2010, p. 322.

⁵⁵¹ TORRES, 2009, p. 37-38.

O princípio da dignidade da pessoa humana comporta no seu conteúdo várias dimensões, algumas largamente reconhecidas, como a dimensão social e a dimensão cultural, outras que passam a ser citadas sem qualquer contestação, pelo contrário, com manifestação de concordância, como a dimensão ecológica⁵⁵².

Nessa lógica é que surge a ideia de “mínimo existencial ecológico”. É possível falar em um mínimo existencial ecológico a partir da identificação de pontos de contato entre os direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente. Para tanto é necessário acrescentar ao conteúdo do mínimo existencial o direito fundamental à qualidade ambiental, ou seja, somar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado àqueles direitos fundamentais já reconhecidos como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à renda mínima, acesso à justiça e assistência social, dentre outros. Para Tiago Fenterseifer o mínimo existencial ecológico visa a “uma existência humana digna e saudável ajustada aos novos valores e direitos constitucionais de matriz ecológica. Trata-se, nesse sentido, de construir a ideia de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade ambiental”⁵⁵³.

Portanto, essa conexão dos direitos sociais com o direito ao meio ambiente equilibrado fornece a resposta referente ao objeto que deve ser tutelado para que se reconheça o direito-garantia do mínimo existencial social e ecológico, “precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de

⁵⁵² A dimensão ecológica do princípio da dignidade humana é abordada por FENTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações”. BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (coords). 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 283-302.

⁵⁵³ FENTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações”. BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (coords). 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 284.

todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória”⁵⁵⁴

O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, conforme demonstrado no tópico 3.3, reforça a compreensão de que o conteúdo do mínimo existencial comporta a aceitação da presença de um direito ao mínimo existencial ecológico (ou ambiental). Como se observa, a posição jurídica subjetiva decorrente da necessidade ou dever de proteção ao meio ambiente (direito fundamental ambiental) surgiu como consequência da evolução histórica dos direitos humanos, que sempre apresentou uma tendência de ampliar, cada vez mais, a tutela dos direitos do homem. Dessa forma, o conteúdo do mínimo existencial, acompanhando essa evolução histórica, passa a compreender, além da dimensão social e cultural, também uma dimensão ambiental, ou seja, o reconhecimento de um mínimo de qualidade ambiental, consequentemente, de um direito ao mínimo existencial ecológico.

O mínimo existencial ecológico ou ‘mínimo existencial ambiental’, expressão de minha preferência, configura-se, também, no dever do Estado em garantir prestações materiais mínimas relacionadas ao direito de acesso à água potável. Portanto, compreende a garantia de um ambiente com qualidade, saudável e ecologicamente equilibrado e a garantia de acesso aos bens ambientais imprescindíveis para uma vida digna, bem como, o acesso aos serviços públicos de abastecimento de água.

Uma interpretação adequada da norma constitucional que expressa o direito ao meio ambiente, no artigo 225 da Constituição Brasileira, inclui uma norma de direito fundamental que assegura o direito de acesso à água potável e o reconhecimento do dever do Estado e da própria sociedade com o mínimo existencial ambiental.

A autonomia do direito de acesso à água potável, direito fundamental implícito, que decorre do conteúdo de outra norma de direito fundamental, é plenamente justificada pelo conjunto de regras e princípios do ordenamento

⁵⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 106.

jurídico brasileiro, além de ser uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais que reconhece a relevância do princípio da dignidade humana, a importância do mínimo existencial e a fundamentalidade do direito ao ambiente.

A fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, conforme opinião de Paulo Bonavides, expressa-se na garantia de sua qualidade como condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais⁵⁵⁵, sendo necessário acrescentar, no nosso entendimento, que esse direito fundamental, além de imprescindível para o desenvolvimento das potencialidades individuais, é condição essencial para uma adequada convivência social. Essa fundamentalidade guarda relação direta com a quantidade mínima necessária e a qualidade da água como elementos essenciais para que o homem desenvolva todas as suas potencialidades e consiga viver num ambiente social e ecologicamente equilibrado.

No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é possível identificar, além do direito à água potável, uma série de posições jurídicas, dentre outras, o direito a um ar respirável, a uma paisagem bela, o direito à preservação do ambiente natural, à conservação dos bens ambientais, à manutenção do ambiente cultural e histórico, o direito a um saudável ambiente do trabalho, a um saudável ambiente urbano, a um saudável e seguro ambiente virtual (ambiente em que se desenvolvem as contemporâneas formas de comunicação em rede). Com isso, fica evidente que a Constituição, no artigo 225, ao fazer referências à sadia qualidade de vida, demonstra que a proteção não é apenas à vida natural, biológica, mas a um conjunto de variáveis necessárias à vida saudável.

Portanto, pelo que se pode verificar, o direito ao meio ambiente está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana e, ainda, “é um direito individual de conteúdo supra-individual”⁵⁵⁶. Vale ratificar que o direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente

⁵⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523.

⁵⁵⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. *A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual*. Anuário de derecho constitucional latinoamericano- 2007. México, 2007, p.548.

equilibrado tem a característica de ser um direito fundamental que comporta a identificação no seu conteúdo do direito de acesso à água potável.

Convém ressaltar que outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira giram em torno do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo com que alguns desses direitos, para serem exercidos, exijam necessariamente que o indivíduo esteja inserido em um meio ecologicamente sadio e equilibrado. Nesse sentido, entendo que pela relação entre o direito ao meio ambiente e o direito de acesso à água potável, infere-se que o não acesso à água põe em xeque a efetivação de diversos outros direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que, enquanto direito fundamental, o direito à água é um direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata, portanto aplica-se o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Brasileira⁵⁵⁷. “A água é a fonte da vida, e ter acesso à água potável e em quantidade suficiente não é uma questão de escolha, mas uma necessidade”⁵⁵⁸. A satisfação das necessidades vitais não pode, de maneira alguma, ser o conteúdo de direitos fundamentais que fiquem situados numa dimensão meramente programática.

Em síntese, nossa conclusão é que a norma que outorga o direito de acesso à água potável pode ser deduzida da norma que garante o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Com efeito, trata-se de um direito fundamental implícito, identificável a partir do conteúdo de outro direito fundamental já expresso e que tem a sua fundamentalidade justificada pela exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

Por todo o exposto no presente tópico, verificou-se que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental derivado do conteúdo de outro direito fundamental, notadamente, do direito fundamental ao meio ambiente. Pela minha perspectiva, o direito ao ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição Brasileira, enseja o reconhecimento do

⁵⁵⁷ Art. 5º (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁵⁵⁸ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguene. *Água: um direito fundamental ou uma mercadoria?* In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. *Direito Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, p. 308-400, 2003, p. 384.

direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito que decorre do conteúdo desse direito. Essa minha convicção é derivada da constatação de que o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é o direito fundamental que abarca na dimensão objetiva um amplo leque de tarefas e obrigações para o Estado, notadamente as obrigações de respeitar, proteger e realizar. Já na dimensão subjetiva compreende inúmeras posições jurídicas subjetivas que necessitam ser garantidas para que a dignidade humana seja respeitada, incluindo-se o acesso à água potável.

Cumpra observar, por fim, a ponderação que faz Antônio Augusto Cançado Trindade de que o reconhecimento de novos direitos humanos não pode ter o efeito de rebaixar o grau de proteção estendida aos direitos existentes⁵⁵⁹. Nesse aspecto, é de verificar-se que o reconhecimento de um direito fundamental implícito, em sentido estrito, outorgado por norma que pode ser deduzida daquelas normas diretamente estatuídas no rol dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional, não altera o grau de proteção dos direitos fundamentais já formalmente expressos no texto constitucional, inclusive do próprio direito ao meio ambiente.

4.3 A fundamentalidade do direito de acesso à água a partir dos tratados internacionais de direitos humanos

O reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental que decorre dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro é o objeto analisado no presente tópico, sendo que é necessário compreender como ocorre esse processo de constitucionalização de normas de direitos humanos (conforme verificado no tópico 4.1) e como ocorreu a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, inicia-se com a menção de alguns aspectos dessa evolução.

A partir da Segunda Guerra, o direito passou a ser utilizado de forma mais acentuada como um importante instrumento na defesa de garantias individuais e sociais básicas. Em 1945 a Carta das Nações Unidas sinaliza a importância da defesa dos direitos humanos, consequentemente, no dia 10 de

⁵⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio-ambiente – paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, 162.

dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essa Declaração foi inicialmente negociada para ser em forma de um tratado (convenção), de maneira a vincular os estados signatários, no entanto, prevaleceu a forma de ‘mera declaração’, o que significa que os direitos nela previstos somente seriam observados como indicativos para posterior internalização dos estados, como efetivamente ocorreu a partir da década de 1950 em alguns ordenamentos jurídicos europeus.⁵⁶⁰

A necessária vinculação dos estados aos compromissos com os direitos humanos (de defesa e de prestações) somente ocorreu a partir da constatação de que poucos países haviam internalizado o conteúdo da Declaração. Assim, em 1966 ocorreu a elaboração de dois tratados internacionais com o propósito de dar efetividade aos direitos humanos anteriormente declarados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁶¹ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁶².

Os direitos liberais e sociais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos com idêntica hierarquia. No entanto, decorridos quase vinte anos dessa decisão democrática e coerente, os estados vinculados ao bloco dos países ocidentais (capitalistas) “insistiram no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida

⁵⁶⁰ CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 28.

⁵⁶¹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. (BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 31 jul. 2012).

⁵⁶² Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. (BRASIL. *Decreto nº 591*, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 31 jul. 2012).

privada”⁵⁶³. Defendiam, assim, a adoção de apenas uma Convenção internacional com o conteúdo correspondente aos Direitos Civis e Políticos.

Por outro lado, os países vinculados ao bloco oriental (países comunistas, socialistas e alguns países africanos) “preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas”⁵⁶⁴, defendendo a inclusão no Pacto, a ser celebrado, dos direitos sociais, econômicos e culturais. A solução para as diferenças políticas dos blocos nessa “guerra fria” foi a adoção em 1966 de dois pactos, separando essas duas séries de direitos. Assim, a Resolução 2.200-A da ONU adotou os dois pactos, “em decorrência do entendimento de que os processos para implementação de cada modalidade são diversos, pois, enquanto os direitos civis e políticos são ‘autoaplicáveis’, os direitos sociais eram ‘programáticos’⁵⁶⁵. Dessa forma, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos impõe aos Estados-partes a obrigação de respeitar e assegurar imediatamente os direitos previstos, e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer a progressiva implementação dos direitos nele reconhecidos.

Convém não desconsiderar os ensinamentos de Fabio Konder Komparato de que “os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais”⁵⁶⁶.

Flávia Piovesan relembra que, após um longo processo de elaboração, os pactos somente foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, sendo que “entraram em vigor apenas dez anos depois, em 1976, tendo em vista que somente nessa data alcançaram o número de

⁵⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VI edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

⁵⁶⁴ CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Nuria Fabris, p. 29.

⁵⁶⁵ CALIL, 2012, p. 29.

⁵⁶⁶ COMPARATO, 2008, p. 338.

ratificações necessário para tanto”⁵⁶⁷. Além disso, os dois pactos somente foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, após a redemocratização e o fim do regime militar, regime esse que impôs uma ditadura que não tinha simpatia pelos direitos humanos, nem mesmo os sociais, econômicos e culturais, tampouco os civis e políticos.

O direito de acesso à água potável, na condição de direito social, integra o conteúdo material do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse pacto, mesmo tendo a característica de reconhecer que a obrigação dos Estados de implementar tais direitos pode ocorrer de forma progressiva⁵⁶⁸, é um dos documentos internacionais internalizados no ordenamento jurídico brasileiro que justifica a caracterização do direito de acesso à água como fundamental.

Vale lembrar a lição de que: “Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos”⁵⁶⁹.

Além disso, convém ressaltar que “os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como ainda inúmeros outros tratados internacionais”⁵⁷⁰. Dentre os instrumentos internacionais que compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais estão os seguintes: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; Convenção sobre os Direitos das Crianças;

⁵⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 160.

⁵⁶⁸ PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Artigo 2: 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

⁵⁶⁹ PIOVESAN, 2008, p. 178.

⁵⁷⁰ PIOVESAN, 2008, p. 179.

Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, no âmbito da região, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁷¹ foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 2008, exatamente 60 anos após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁷². O Protocolo Facultativo tem como principal finalidade a criação de um mecanismo que permite a pessoas ou grupos apresentarem reclamações ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas a respeito das violações desses direitos perpetradas por um Estado Parte. Dessa forma, com a entrada em vigor desse Protocolo, as vítimas de violações de direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à alimentação, à saúde, à habitação, à educação, ao meio ambiente, de acesso à água potável, dentre outros, que não encontram soluções em seus próprios países, agora dispõem de um mecanismo para apresentar suas queixas e denúncias em âmbito internacional ante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas. O Comitê terá a faculdade de examinar comunicações individuais e interestatais, e investigar supostas violações ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Portanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o seu Protocolo Facultativo compõem um conjunto de

⁵⁷¹ Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em < http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf>. Acesso em 02 ago. 2013.

⁵⁷² No dia 5 de maio de 2013 entrou em vigor o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os primeiros Estados que ratificaram o Protocolo e foram os protagonistas da sua entrada em vigor são Argentina, Espanha, Equador, Mongólia, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Eslováquia, El Salvador, Portugal e Paraguai. Portugal o aprovou pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2013, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 12/2013, publicados no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 14, de 21 janeiro de 2013.

responsabilidades e obrigações para o Estado Brasileiro⁵⁷³, no tocante aos direitos a prestações, incluído o direito de acesso à água potável.

Um dos artigos desse Pacto que fundamenta a interpretação de que o direito de acesso à água potável é um dos direitos sociais garantidos para todas as pessoas que vivem no território brasileiro é o artigo 11⁵⁷⁴, ao afirmar que os Estados Partes devem reconhecer o direito a um nível de vida adequado, incluindo o direito à alimentação e à moradia. Esse reconhecimento do direito a um nível de vida adequado pressupõe a garantia de acesso à água potável, assim como é impossível imaginar que alguém possa exercer o direito à alimentação e à moradia sem ter incluído o direito de acesso à água potável. Portanto, a garantia de um direito a um nível de vida adequado inclui, dentre vários direitos, o direito de acesso à água, o direito à alimentação e o direito à moradia.

O conteúdo do direito à moradia contempla uma enorme e variada quantidade de posições jurídicas. A começar pelos critérios que devem ser observados para que uma moradia seja considerada adequada, desde a disponibilidade de água potável, saneamento básico, acesso aos meios de transporte, localização adequada e distante das várias formas insuportáveis de poluição (sonora, atmosférica, etc.). Portanto, esse direito fundamental (à moradia⁵⁷⁵) não está dissociado de outros direitos também fundamentais como os direitos à vida digna, direito à locomoção, às várias liberdades, ao meio ambiente equilibrado e a outros direitos sociais.

⁵⁷³ Frisa-se que o Protocolo Facultativo produzirá seus efeitos assim que for ratificado. A postura da representação brasileira junto à ONU, quanto a esse tema, aponta tendência pela ratificação.

⁵⁷⁴ PIDESC. Artigo 11: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

⁵⁷⁵ O direito à moradia ou à habitação foi incluído formalmente no texto constitucional entre os direitos fundamentais sociais do Artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 26 do ano 2000. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

O direito à moradia relacionado às condições materiais mínimas para uma existência digna é o que fundamenta a caracterização desse direito como fundamental. Indubitavelmente, o homem necessita de um lugar adequado para se proteger contra as intempéries, um espaço para a sua intimidade e privacidade, enfim, para viver de forma saudável num ambiente equilibrado. Sem isso, provavelmente o homem não terá assegurada a sua dignidade.

No mesmo artigo 11 do PIDESC, o item 2⁵⁷⁶ reforça a importância de uma atuação positiva dos Estados Partes em reconhecer o direito fundamental à alimentação, visando à proteção de qualquer pessoa contra a fome.

O direito à alimentação, da mesma forma como o direito à moradia, foi incluído no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Brasileira por meio de emenda constitucional. A Emenda nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, alterou o Art. 6º⁵⁷⁷, constitucionalizando formalmente o direito fundamental à alimentação. Tanto o direito à moradia como o direito à alimentação tem a sua fundamentalidade material alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade que afirma ser o princípio da dignidade da pessoa humana “o primeiro princípio fundamental da Constituição – como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”.⁵⁷⁸

Além da relação do direito à alimentação com o princípio da dignidade humana há, também, uma estreita vinculação desse direito com o princípio (que é direito e ao mesmo tempo garantia) do mínimo existencial. Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial “compreende os direitos fundamentais

⁵⁷⁶ PIDESC. Artigo 11: 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: (...).

⁵⁷⁷ Constituição Federal. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 101.

originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível”⁵⁷⁹.

O Preâmbulo da Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO - expressa a preocupação com a alimentação como instrumento de combate e eliminação da fome mundial: “As Nações que aceitam esta Constituição, decididas a promover o bem estar geral pelo estímulo a medidas individuais e coletivas com o propósito de: elevar os níveis de nutrição e padrões de vida dos povos sob suas respectivas jurisdições; (...).⁵⁸⁰”

O direito fundamental à alimentação encontra-se implícita e explicitamente assegurado na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos. Além do artigo 6º, de forma explícita, e, do artigo 1º, inciso III, quanto à dignidade da pessoa humana, pode ser referido, ainda, o artigo 3º, inciso III⁵⁸¹, no que diz respeito ao compromisso do Estado em adotar providências efetivas voltadas para o combate à pobreza e à marginalização. Outro dispositivo que deve ser referido é o artigo 7º, inciso IV, estabelecendo que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades gerais do indivíduo assim como as de sua família, não só aquelas relacionadas à manutenção da vida, mas as que possibilitem uma vida digna.

Outros dispositivos constitucionais estão relacionados com o direito fundamental à alimentação, como o artigo 208, inciso VII⁵⁸², que define ser dever do Estado assegurar a implementação de programas governamentais de distribuição de merenda escolar, dentre outros compromissos com a educação.

⁵⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

⁵⁸⁰ Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO, firmada em Quebec, Canadá, em 16 de outubro de 1945. Promulgada pelo Decreto nº 7.752, de 14 de junho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7752.htm>. Acesso em 02 jul. 2013.

⁵⁸¹ Constituição Brasileira. Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁵⁸² Constituição Brasileira. Art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O artigo 227⁵⁸³ elenca ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes direitos fundamentais, visando a garantir a própria vida e o bem estar, sendo que uma alimentação adequada, em quantidade e qualidade são requisitos imprescindíveis para uma vida possível e digna. Por fim, os artigos 229⁵⁸⁴ e 230⁵⁸⁵ evidenciam o dever de assistência e amparo para evitar o perecimento da própria existência humana, sendo que o exercício do direito à alimentação é a garantia de não comprometimento da vida, por isso é direito fundamental e fundamento de outros direitos.

No ordenamento jurídico brasileiro o Decreto-Lei nº 986⁵⁸⁶, de 21 de outubro de 1969, que Institui normas básicas sobre alimentos, no Artigo 2º, Inciso I, define alimento como: “toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento”. Portanto, verifica-se que, na definição jurídica adotada, sobressai a importância do que pode ser considerado objeto do direito de acesso à alimentação, destacando-se a inclusão de substância em estado líquido.

A interconexão entre os alimentos e a água é considerada evidente por Aniza García⁵⁸⁷. A água é um componente essencial do direito à alimentação, compreendido o direito de acesso a uma alimentação quantitativa e qualitativa adequada e suficiente. A disponibilidade de água potável para o consumo humano é condição imprescindível para caracterizar uma alimentação adequada, por outro lado, resulta indispensável para a produção de alimentos a

⁵⁸³ Constituição Brasileira. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, (...).

⁵⁸⁴ Constituição Brasileira. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁸⁵ Constituição Brasileira. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵⁸⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 986/69*. Institui normas básicas sobre alimentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm>. Acesso em 18 jun. 2013.

⁵⁸⁷ GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 189-190.

utilização de água, principalmente, por meio dos processos produtivos que se utilizam da irrigação. Ademais, foi referido no capítulo 1 que a agricultura é o setor que mais utiliza água, portanto, é impensável produzir alimentos sem a utilização de água.

Há uma estreita vinculação entre o direito à alimentação e o direito de acesso à água. Ademais, “na verdade, as violações do direito à alimentação têm relação, em muitos casos, com problemas de falta de acesso à água ou com o domínio sobre os recursos hídricos”⁵⁸⁸. Convém notar que, nos casos que envolvem a agricultura de subsistência, ter acesso à água para irrigar os cultivos de produtos alimentícios é um elemento básico do conteúdo do direito à alimentação.

Em suma, o direito à alimentação está estreitamente vinculado ao direito de acesso à água, não só por ser a água um alimento essencial para os seres humanos, mas também, por ser de grande importância para a produção de alimentos. O direito à alimentação comporta a inclusão da água potável como imprescindível, junto com os alimentos sólidos, para a sua efetividade.

Outro artigo do PIDESC que contém implicitamente o reconhecimento do direito de acesso à água potável é o artigo 12⁵⁸⁹, ao instituir o dever dos Estados Partes com o direito à saúde. O direito que cada um tem de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde, inclui, inegavelmente, o dever do Estado em garantir o acesso à água. Do contrário, não é possível imaginar o desfrute de um bom nível de saúde sem a presença do elemento vital por excelência que é a água potável.

Indubitavelmente, o direito de acesso à água potável mantém uma relação estreita com o direito à saúde, visto que o saneamento básico, com o abastecimento de água de boa qualidade, além de evitar a proliferação de inúmeras doenças, que causam aumento da mortalidade infantil,

⁵⁸⁸ GARCIA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p.190.

⁵⁸⁹ PIDESC. Artigo 12: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

principalmente entre as camadas sociais menos favorecidas, “é fator imprescindível para manter o bem-estar e a higiene humana”⁵⁹⁰.

O art. 196⁵⁹¹ da Constituição Federal estipula que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que esse direito vai além da instituição de políticas públicas relacionadas às doenças. Nesse sentido a Lei 8.080/90⁵⁹², que regulamenta as políticas para a área da saúde, dispõe sobre as condições, organização e funcionamento dos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, menciona alguns fatores determinantes como: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Não há dúvidas de que a prevenção e remoção de doenças só são eficazes se houver a sua interação com políticas desenvolvidas em outras áreas, como saneamento básico, meio ambiente, geração de trabalho e renda, etc.

Convém enfatizar, nesse momento, a opinião de João Carlos Loureiro no sentido de que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, sendo que há zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, a educação, o ambiente, a moradia, a alimentação e outras.⁵⁹³

Além do artigo 6º e do Artigo 196, a Constituição Brasileira registra a relevância do direito à saúde no artigo 197⁵⁹⁴, ao prever que cabe ao Poder

⁵⁹⁰ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. *Água: um direito fundamental ou uma mercadoria?* In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. Direito Água e Vida. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, p. 308-400, 2003, p. 384.

⁵⁹¹ Constituição Brasileira. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵⁹² BRASIL. *Lei 8.080* de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 03 jul 2013.

⁵⁹³ LOUREIRO, João Carlos. *Direito à (proteção da) saúde*. In Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano – No centenário de seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.666.

⁵⁹⁴ Constituição Brasileira. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e

Público regulamentar, mediante norma infraconstitucional, as ações e serviços de saúde, além de fiscalizá-los e controlá-los. O artigo 198⁵⁹⁵ define as diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS; no artigo 199⁵⁹⁶ e seus parágrafos autoriza a participação privada, de forma complementar, na prestação da assistência à saúde. No artigo 200⁵⁹⁷, estabelece uma relação ampla, mas não exaustiva, de atribuições do Sistema Único de Saúde.

Como pode ser observado, dos dispositivos constitucionais sobressai a grande dificuldade em se identificar o direito subjetivo individual à prestação na área da saúde. No entanto, o reconhecimento desse direito e a sua caracterização como fundamental na sua dimensão ou perspectiva subjetiva são largamente aceitos pela doutrina brasileira⁵⁹⁸, não sendo diferente pela jurisprudência dos tribunais⁵⁹⁹. Nos tribunais brasileiros há inúmeros acórdãos que reconhecem a legitimidade dos indivíduos para requerer prestações como internações, medicamentos, atendimentos especializados, etc.

É claro que essa é uma discussão complexa ao ponto de determinadas decisões serem rotuladas de ativismo judicial, eis que é muito forte a ideia de que a plenitude eficaz do direito à saúde é dependente de uma atuação concretizadora do Estado, notadamente do órgão legislador, no sentido de ser essa uma norma programática. No entanto, prepondera a compreensão de que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata,

controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

⁵⁹⁵ Constituição Brasileira. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...).

⁵⁹⁶ Constituição Brasileira. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (...).

⁵⁹⁷ Constituição Brasileira. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)

⁵⁹⁸ SARLET, 2010; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵⁹⁹ A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adota tal posicionamento nos seguintes julgados: Apelação cível n. 70014166896, Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Agravo de instrumento n. 70014372403, Relator Araken de Assis. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

conforme institui o artigo 5º, § 1º, da Constituição Brasileira⁶⁰⁰. Em relação aos direitos sociais a ‘aplicação imediata’ deve ter outra função, conforme explica Andreas Krell: “o artigo 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização”⁶⁰¹.

Nesse sentido cumpre registrar o posicionamento de José Afonso da Silva que, nas primeiras edições de sua obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, fez referência de que as normas sociais possuíam caráter programático, necessitando de atuação do legislador para terem eficácia plena⁶⁰². Entretanto, em edições mais recentes, como as publicadas a partir de 2002⁶⁰³, afirmou que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos em que as normas informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da Justiça Social e revelação dos componentes do bem comum.

Assim, a dimensão subjetiva dos direitos sociais faz com que o cidadão tenha um direito a uma imediata prestação efetiva. O direito subjetivo à prestação na área da saúde, ou seja, a subjetivação da saúde, reside na prestação sanitária em espécie, a qual pode ser reclamada pelo titular desse direito face à ausência de ação do Estado. É possível elencar, a título exemplificativo, como prestação sanitária em espécie: a proteção do meio ambiente natural; o saneamento básico; a higiene das moradias e local de trabalho, das escolas e logradouros públicos; a vigilância sanitária; a fiscalização de produtos alimentícios, bebidas e medicamentos; a prevenção de doenças e a imunização contra elas; a cura e a recuperação de doentes;

⁶⁰⁰ Constituição Brasileira. Artigo 5º, § 1º - as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁶⁰¹ KRELL, Andreas J. *Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 38.

⁶⁰² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1985.

⁶⁰³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

tratamento médico; a profilaxia e o tratamento dentário e o fornecimento de alimentos e de produtos farmacêuticos essenciais⁶⁰⁴.

O direito à saúde, como direito subjetivo, ou seja, como direito do homem, passou a ser constitucionalizado a partir da Constituição italiana de 1948, “a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição Portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64)”⁶⁰⁵, seguida das Constituições da Espanha (1978) e da Guatemala (1985).

Alguns países relacionam o direito à saúde ao direito de acesso à água potável conforme já verificado no capítulo 2, tópico 2.3. Na Constituição do Equador de 2008, o Art. 32⁶⁰⁶ contém a previsão de que o direito à saúde é garantido pelo Estado, cuja realização se vincula ao exercício de outros direitos, dentre eles o direito à água. A Constituição da República das Filipinas, de 1987, no artigo XIII, seção XI⁶⁰⁷, dispõe que o Estado deve adotar uma abordagem integrada e abrangente para o desenvolvimento da saúde que deverá permitir disponibilidade, a um preço acessível e para todas as pessoas, de bens essenciais, de saúde e de outros serviços sociais. Portanto, verifica-se o reconhecimento por alguns ordenamentos jurídicos de que o direito de acesso à água integra o conteúdo do direito à saúde.

Além disso, a interpretação de que o direito de acesso à água potável integra o conteúdo de outros direitos expressamente citados no Pacto é efetuada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Esse Comitê foi criado em 1985 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas para supervisionar a aplicação do PIDESC pelos Estados

⁶⁰⁴ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

⁶⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23º ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004, p.308.

⁶⁰⁶ Constituição do Equador: “Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, (...)”. Disponível em <<http://www.asambleanacional.gov.ec>>. Acesso em 04 jul. 2013.

⁶⁰⁷ Constituição da República das Filipinas. Disponível em <<http://www.president.gov.ph>>, acesso em 03 jul. 2013.

Partes. O artigo 16⁶⁰⁸ do PIDESC prevê a atribuição do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de examinar os relatórios dos Estados Partes sobre os direitos reconhecidos no Pacto.

O Comitê DESC tem o encargo de examinar os relatórios apresentados periodicamente sobre as medidas adotadas para a aplicação das disposições do Pacto. Expressa suas preocupações e recomendações aos Estados Partes por meio das “Observações Finais” e emite “Observações Gerais” para guiar a interpretação e aplicação dos artigos do Pacto. Portanto, são as Observações Gerais, emitidas pelo Órgão responsável pelo sistema de controle e cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, importantes contribuições no sentido de interpretar o verdadeiro significado e o conteúdo de cada disposição constante do PIDESC⁶⁰⁹.

Especificamente sobre o direito de acesso à água potável, o Comitê DESC emitiu a Observação Geral nº 15, em novembro de 2002. Esse Comitê, ao desenvolver uma atividade interpretativa dos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reconheceu o direito de acesso à água como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e à alimentação, dispondo que: “o acesso a quantidades suficientes de água limpa para uso pessoal e doméstico é um direito fundamental de todos os seres humanos”⁶¹⁰.

A Observação Geral nº 15 indica, dentre as várias obrigações dos Estados Partes relacionadas ao acesso à água potável, que são deveres dos Estados: garantir o acesso a uma quantidade mínima de água, que seja suficiente para o uso pessoal e doméstico e para prevenir enfermidades;

⁶⁰⁸ PIDESC. ARTIGO 16: 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto. 2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social, para exame, de acordo com as disposições do presente Pacto. b) (...).

⁶⁰⁹ PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p.78-79.

⁶¹⁰ Observação Geral nº 15, de 2002. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em 28 jun. 2012.

assegurar o acesso à água, instalações e serviços, sem discriminação, principalmente aos grupos mais vulneráveis; garantir o acesso físico às instalações, com a localização dos serviços de água a uma distância razoável; garantir que os serviços proporcionem um abastecimento suficiente e regular de água potável; adotar e revisar periodicamente, mediante um processo participativo e transparente, um plano de ação nacional sobre a água, que incluam indicadores e níveis de referência para avaliar os progressos alcançados, com especial atenção aos grupos mais vulneráveis; garantir que a qualidade da água dos serviços de abastecimento público cumpra os parâmetros mínimos para garantir a saúde das pessoas e a conservação do ambiente, considerando as práticas culturais de cada comunidade⁶¹¹.

Outras Observações Gerais do Comitê DESC tratam, de forma indireta, sobre o direito de acesso à água potável. A Observação Geral nº 12, de 1999⁶¹², sobre o direito a uma alimentação adequada, interpreta o artigo 11 do pacto, e a Observação Geral nº 14, de 2000⁶¹³, sobre o direito ao mais alto nível possível de saúde interpreta o artigo 12.

Além dessas, é importante mencionar a Observação Geral nº 3, de 1990⁶¹⁴, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, que interpreta o Art. 2, nº 1 do Pacto, para afirmar que os Estados Partes têm a obrigação de adotar medidas para o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, no entanto, sem excluir a obrigação de assegurar um nível mínimo de satisfação de cada um dos direitos. Nesse sentido, em relação ao direito de acesso à água potável, há o entendimento de que o conteúdo mínimo desse direito deve assegurar a subsistência biológica, vinculado ao consumo

⁶¹¹ GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 195-196.

⁶¹² Observação Geral nº 12, de 1999. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013.

⁶¹³ Observação Geral nº 14, de 2000. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013.

⁶¹⁴ Observação Geral nº 3, de 1990. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013.

de água em quantidade e qualidade adequada para as necessidades inadiáveis de cada pessoa⁶¹⁵.

Quanto à quantidade mínima de água potável que deve ser assegurada para cada pessoa, Aniza Garcia menciona que algumas organizações internacionais como a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a UNICEF fixam um conteúdo concreto à obrigação de garantir individualmente uma quantidade mínima de água, estipulando 20 litros de água por dia como quantidade suficiente para beber e para a higiene pessoal de um indivíduo, no entanto, se se acrescentarem outras necessidades, são necessários diariamente 50 litros de água por pessoa⁶¹⁶.

Por outro lado, o Escritório das Nações Unidas de apoio à Década Internacional de Acção (UNO-IDFA) “Água para a Vida, 2005-2015”, em comunicado à imprensa refere que “O abastecimento de água e a disponibilidade de saneamento para cada pessoa deve ser contínuo e suficiente para usos pessoais e domésticos. Esses usos incluem, habitualmente, beber, saneamento pessoal, lavagem de roupa, preparação de refeições e higiene pessoal e do lar. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), são necessários entre 50 a 100 litros de água por pessoa, por dia, para assegurar a satisfação das necessidades mais básicas e a minimização dos problemas de saúde”⁶¹⁷.

Além do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, outros tratados internacionais de direitos humanos incluem referência explícita sobre a importância do acesso à água potável. Dentre os vários tratados destacam-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor no Brasil desde 1990, especialmente o artigo 24⁶¹⁸; a Convenção sobre a

⁶¹⁵ PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p.80.

⁶¹⁶ GARCIA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 196.

⁶¹⁷ Escritório das Nações Unidas de apoio à Década Internacional de Acção (UNO-IDFA) “Água para a Vida, 2005-2015/Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC)”. Direito Humano à água e saneamento. Tradução ao Português realizada pelo Programa Conjunto de Água e Saneamento em Angola. Disponível em <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em 03 set. 2013.

⁶¹⁸ Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto nº 99.710/90. Artigo 24: 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979⁶¹⁹; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007⁶²⁰.

Ainda é preciso enfatizar que a Organização das Nações Unidas – ONU - aprovou em 28 de julho de 2010 a Resolução A/RES/64/292 que declara o acesso à água e ao saneamento um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos. A Assembleia Geral da ONU reconheceu que a água e o saneamento são direitos humanos, com a justificativa de que o direito à água e ao saneamento é derivado do direito a um padrão de vida adequado e indispensável para a realização de outros direitos humanos. Essa resolução foi um avanço e demonstra a vontade política da comunidade internacional para enfrentar a dura realidade de quase um bilhão de pessoas que ainda não têm acesso a uma fonte de água tratada⁶²¹.

Não há dúvidas de que a vinculação do Estado brasileiro a essa resolução vai além do compromisso moral por tê-la aprovado, com o registro do voto pela aprovação da representação brasileira junto à Assembleia Geral da ONU, pois, como Estado integrante da Organização das Nações Unidas

serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes enviarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: (...) c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental. (BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 04 set. 2013).

⁶¹⁹ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decreto nº 4.377/02. Artigo 14 (...) 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações. (BRASIL. *Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 03 set. 2013).

⁶²⁰ Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Decreto nº 6.949/09. (BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 27 ago. 2013).

⁶²¹ ALBUQUERQUE, Catarina de. *Derechos hacia el final: buenas prácticas en la realización de los derechos al agua i al saneamiento*. Madrid: ONGAWA, Ingeniería para el Desarrollo Humano, 2011, p. 31.

(ONU), tem o dever jurídico de cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Direito Internacional.

Portanto, para analisar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável, como decorrência dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro, é necessário verificar o processo de constitucionalização que pode ocorrer pelo procedimento de internalização previsto no Art. 5º, §3º⁶²² ou pela cláusula de abertura constitucional prevista no Art. 5º, §2º, última parte⁶²³.

Dessa forma, o reconhecimento de um determinado direito como fundamental a partir do procedimento previsto no Art. 5º §3º, ensejará considerar tal norma como “formal e materialmente fundamental”, incluída na classificação das normas fundamentais ‘expressas ou escritas fora da Constituição’, tudo conforme referido no tópico 4.1. É possível indicar o dispositivo constante no art. 28, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁶²⁴, como exemplo de norma formal e materialmente fundamental que dispõe sobre o direito de acesso à água potável. Esse dispositivo convencional, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo procedimento do Art. 5º §3º, estabelece que as pessoas com deficiência são titulares do direito de acesso aos serviços de saneamento

⁶²² Art. 5º, § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁶²³ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶²⁴ Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Artigo 28 - Padrão de vida e proteção social adequados - 1.(...) 2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência; (...).(BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 27 ago. 2013).

básico, portanto, direito aos serviços de abastecimento de água potável, conforme abordado no capítulo 2.⁶²⁵

Já o reconhecimento de um direito como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, prevista na Carta Magna brasileira, permitirá considerar que essa norma seja ‘só materialmente fundamental’, incluída na classificação das normas fundamentais expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com Art. 5º § 2º. Nessa classificação enquadram-se os dispositivos já referidos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais nos termos da atual Constituição brasileira permite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, como a dos tratados de direitos humanos, reconhecidos e internalizados pelo Estado brasileiro. Portanto, outros direitos além daqueles nela expressamente previstos são admitidos como fundamentais, podendo ser direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material.⁶²⁶

A cláusula de abertura constitucional prevista na Constituição Brasileira é o meio utilizado para a admissão de novos direitos fundamentais, considera o catálogo dos direitos fundamentais meramente exemplificativo, podendo ser complementado a qualquer momento por novos direitos. “Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não nos parece razoável excluírem-se – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU, ainda mais em se levando em conta que a maior parte das Constituições que a

⁶²⁵ O serviço de abastecimento de água potável no Brasil tem o regime jurídico e marco regulatório definido na Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007. O art. 3º define “saneamento básico” como “conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.

⁶²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Podivm, 2008, p. 617.

sucederam no tempo nela se inspiraram quando da elaboração de seu próprio “catálogo” de direitos fundamentais”⁶²⁷.

É necessário lembrar, ainda, que na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), o Artigo XXV define que “todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, (...)”⁶²⁸.

Assim, é por meio da cláusula aberta que se pode justificar, também, a caracterização de direito fundamental ao direito de acesso à água potável. Desse modo, a partir dessa cláusula de abertura aos direitos fundamentais, é possível inferir a força normativa que devem conter as disposições trazidas pelos Tratados ratificados pelo Estado brasileiro, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos demais tratados internacionais sobre o tema⁶²⁹.

Doutrinariamente⁶³⁰, há manifestações no sentido de reconhecer como fundamentais direitos humanos previstos em tratados internacionais internalizados de acordo com o artigo 5º, §2º, última parte. “Na realidade,

⁶²⁷ SARLET, Ingo. *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996, p. 18-19.

⁶²⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), artigo XXV: “todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

⁶²⁹ É preciso registrar que o significado da expressão “tratados internacionais” contempla qualquer espécie de acordo formal realizado entre os Estados ou entre os sujeitos de direito internacional público, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos, podendo ser em forma de Convenção, Pacto, Protocolo, Carta ou Convênio (PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 76).

⁶³⁰ Outros autores que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem constitucional interna brasileira, qualificação constitucional: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999; LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Ed. Manole, 2005, p. 16-18; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 682-702.

parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – inobstante não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – aglutinam-se à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo um status equivalente.”⁶³¹

Ingo Sarlet cita como exemplo de identificação de direito fundamental com fonte no direito internacional o direito de acesso ao duplo grau de jurisdição, que é o direito de recorrer de sentença para juiz ou tribunal superior, tal como previsto no artigo 8º, item 2, letra h⁶³², da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao direito Brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992⁶³³. Ressalta-se que “a tarefa de identificação dos direitos fundamentais com fonte no direito internacional assume dimensão especialmente penosa, de modo especial em face do grande número de direitos contemplados pela nossa ‘Carta Magna’.”⁶³⁴

Ao analisar a fundamentalidade de um direito oriundo do Pacto de São José da Costa Rica e ao responder à pergunta: ‘podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância?’, Ingo Sarlet considera que é por meio do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que “o princípio do duplo grau de jurisdição (e até mesmo o direito de recurso das decisões judiciais para uma instância superior) possa ser considerado, entre nós, verdadeiro direito fundamental, ainda que sob o ponto de vista meramente material”⁶³⁵.

⁶³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996, p. 19.

⁶³² Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8º. Garantias judiciais. 1. (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

⁶³³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 05 set. 2013.

⁶³⁴ SARLET, 1996, p. 21.

⁶³⁵ SARLET, 1996, p. 24-25.

Na jurisprudência brasileira há manifestações no mesmo sentido, o voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 87.585/TO⁶³⁶ atribuiu qualificação constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos para considerar impossível a prisão civil do depositário infiel, o que provocou, a partir dessa decisão, a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 25⁶³⁷.

No Rio Grande do Sul, em outro caso apreciado pelo Tribunal de Justiça, a relatora, Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins, justifica seu parecer pela impossibilidade de corte nos serviços de abastecimento de água potável, utilizando como argumento a afirmação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre a interpretação dos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de que o acesso a quantidades suficientes de água limpa para uso pessoal e doméstico é um direito fundamental de todos os seres humanos.⁶³⁸

Portanto, o direito de acesso à água potável é reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, nos termos da atual Constituição, que admite considerar a fundamentalidade das normas expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o reconhecimento de uma nova norma de direito fundamental por meio da cláusula de abertura constitucional exige a prova de sua fundamentalidade. É necessário, inicialmente, a sua identificação, que somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Posteriormente, a sua fundamentalidade ficará plenamente justificada quando se demonstrar que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais. É nesse sentido, que no próximo tópico, analisa-se a

⁶³⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurelio. Brasil, nov. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 04 set. 2013.

⁶³⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 set. 2013.

⁶³⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Embargos Infringentes n.º 70033845900. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Rio Grande do Sul, mar. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2012.

fundamentalidade do direito de acesso à água potável a partir dos princípios e do regime democrático.

4.4 A fundamentalidade do direito de acesso à água a partir do regime democrático e dos princípios constitucionais

O direito de acesso à água potável, para ser identificado como um direito fundamental decorrente do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição Brasileira, necessita, também, de uma fundamentação correta de sua existência. Uma norma implícita de direito fundamental é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

Portanto, os direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais podem ser entendidos como os direitos diretamente justificados a partir da estrutura normativa mais geral do sistema de direitos. O sistema de direitos fundamentais e o regime democrático vigentes no Estado Brasileiro estão consubstanciados, de forma implícita, no significado das expressões ‘Estado Democrático’ e ‘Estado Democrático de Direito’, incluídas, respectivamente, no preâmbulo⁶³⁹ e no artigo 1º da Constituição Federal⁶⁴⁰.

O Estado Democrático de Direito se diferencia do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito. O Estado Liberal de Direito considera o ‘direito’ como um sistema normativo de regras gerais, abstratas e negativas, com o Estado limitado à legalidade, garantidos os direitos individuais típicos e, consequentemente, preponderando uma ordem jurídica liberal clássica. O Estado Social de Direito tem o direito como instrumento de ação concreta do Estado para materializar as pretensões sociais transformadas em direitos

⁶³⁹ Constituição Brasileira. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...) (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁶⁴⁰ Constituição Brasileira. Art. 1º *Caput*: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

formais, com a ampliação das tarefas estatais no âmbito social e econômico⁶⁴¹. Frente às crises desses modelos de estados, surge o modelo de Estado Democrático de Direito sustentado na ideia de um direito participativo, pluralista e aberto. “A consideração de que o ordenamento jurídico é composto por princípios, além de regras, é também uma exigência do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, permitindo a abertura para a complexidade de toda situação de aplicação e a tomada a sério dos direitos das partes”⁶⁴².

No Estado Democrático de Direito são requeridas decisões que, “ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”⁶⁴³

A teoria do discurso também sustenta a tese de que a melhor leitura do regime constitucional democrático é aquela fornecida por uma teoria constitucional baseada nos direitos. É nesse contexto que essa teoria assume explicitamente que a ideia do discurso só pode se realizar no modelo de Estado Constitucional Democrático.⁶⁴⁴ Convém observar que, na vigência do Estado Democrático de Direito, surge de forma mais intensa a interpretação de que há direitos fundamentais implícitos que decorrem das posições jurídicas justificadas a partir dos princípios da Constituição e de acordo com a melhor leitura do regime democrático. Assim, “O Estado Democrático de Direito é

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 92-99.

⁶⁴² PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), Florianópolis, 2005, p. 273.

⁶⁴³ CARVALHO NETO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 482.

⁶⁴⁴ ALEXY, Robert. *La fundamentación de los derechos humanos*. In: Teoría del discurso y derechos humanos. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 129-131.

antes de tudo uma forma paradigmática de interpretar a ordem constitucional e, desse modo, também o sistema de direitos fundamentais”⁶⁴⁵.

Nesse sentido, doutrinariamente o sistema de direitos fundamentais tem sido concebido como um sistema de normas que abarcam tanto regras quanto princípios⁶⁴⁶. A distinção entre princípios e regras é um assunto complexo, não há dúvida de que a grande discussão sobre esse problema ganhou a força atual com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Essa diferença será tratada de forma sucinta no Capítulo 5, tópico 5.1.2 denominado “Estrutura e fontes do direito fundamental de acesso à água potável”.

Nesse contexto, as regras devem ser assimiladas como disciplinadoras de determinada situação, são a expressão literal de um fato que pode ou não ocorrer, e, caso ocorra, essa norma que o define incidirá sobre o mesmo. Por outro lado, os princípios “normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que a norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida”⁶⁴⁷.

Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo verdadeiros mandamentos de otimização. Fazendo uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau, Alexy define as regras como normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, enfatizando que se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Conclui que regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁶⁴⁸.

David Wilson de Abreu Pardo, mencionando as lições de Ronald Dworkin afirma que o sistema de direitos configura um sistema compreensivo,

⁶⁴⁵ PARDO, 2005, p. 272.

⁶⁴⁶ Autores que expressam tal compreensão: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Melhoramentos, 2010. Com ressalvas discordantes: HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. 5ª ed..Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2007, p. 321).

⁶⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p 206.

⁶⁴⁸ ALEXY, 2008, p. 90-91.

em que os preceitos da igual consideração e das liberdades básicas se tornam os maiores fundamentos, as maiores fontes dos direitos individuais. Na medida em que o conjunto de princípios básicos tem um conteúdo normativo aberto, outros direitos particulares podem surgir de dito esquema. “Sendo assim, direitos fundamentais também podem ser encontrados de maneira imediata a partir das referidas cláusulas abstratas de acentuado teor moral, sem necessariamente terem de estar desde o início detalhados em uma constituição”⁶⁴⁹.

É nesse sentido que os princípios gerais da dignidade, da liberdade e da igualdade emergem como a base normativa mais abstrata dos direitos humanos fundamentais. Luis Prieto Sanchís, de forma magistral, referindo-se à relação histórica entre direitos humanos, liberdade, igualdade e dignidade chegou a afirmar que “somente estaremos na presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores”⁶⁵⁰.

Nesse sentido, a existência de princípios que norteiam a Constituição Federal brasileira, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade, dentre outros, garante fundamentos racionais para se considerar o acesso à água potável um direito materialmente fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Jorge Miranda afirma que devem ser considerados direitos materialmente fundamentais “apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua fundamentalidade, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza análoga à desses, ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”⁶⁵¹. Nesse sentido, entendendo que o direito de acesso à água potável pode ser considerado norma

⁶⁴⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), Florianópolis, 2005, p. 269.

⁶⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Estúdios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 88.

⁶⁵¹ MIRANDA, Jorge. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 568.

de direito materialmente fundamental por ser uma norma que decorre das normas relativas ao regime e aos princípios da Constituição.

Na Constituição Brasileira é possível identificar cláusulas gerais que expressam os princípios da liberdade e da igualdade, contidas no próprio Título II, mais precisamente no *caput* do Artigo 5º⁶⁵². Já o princípio da dignidade da pessoa humana está localizado entre os princípios fundamentais estabelecidos no Título I, artigo 1º, inciso III⁶⁵³. Portanto, ao analisar quais são os direitos que decorrem do regime e dos princípios, é necessário mencionar aqueles que podem ser justificados a partir da estrutura normativa básica delineada pelos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.

Não há como deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento principal, a base sólida e concreta de um conceito material dos direitos fundamentais. Por isso, quanto ao direito de acesso à água potável, a fundamentação substancial desse direito está estritamente ligada à dignidade que deve ser reconhecida em cada ser humano. Como admitir o reconhecimento do respeito à dignidade de um ser humano que com sede não tem água; ou com fome não tem acesso à água de qualidade para preparar seus alimentos; ou, ainda, com as roupas sujas lhes falta água limpa para lavá-las?

O reconhecimento de determinados direitos não expressos ou não escritos no texto constitucional como fundamentais, por decorrerem do princípio da dignidade da pessoa humana, já foi referido de forma superficial no tópico 4.1, referente ao reconhecimento do direito à moradia e à alimentação como fundamental antes da sua inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais respectivamente pelas Emendas Constitucionais nº 26/2000 e 64/2010. Além da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente

⁶⁵² Constituição Brasileira. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁶⁵³ Constituição Brasileira. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - III - a dignidade da pessoa humana;(...)

referida⁶⁵⁴, há uma famosa jurisprudência francesa referida por Ingo Sarlet⁶⁵⁵: trata-se da Decisão nº 94-359, de 19.01.95, do Conselho Constitucional Francês na qual se reconhece a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, independente da previsão expressa na ordem constitucional.

É preciso concordar com José Carlos Vieira de Andrade quando afirma que é o princípio da dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais: “Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (individual) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdade tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais”.⁶⁵⁶

Os direitos a prestações sociais estão intimamente vinculados ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de se exigir compulsoriamente as prestações asseguradas no ordenamento jurídico tem como fundamento último o respeito à dignidade inerente a cada um.

Vale lembrar que, na concretização do princípio da dignidade, se pressupõe vida digna e saudável, no mesmo sentido da expressão constitucional de promoção da “sadia qualidade de vida”⁶⁵⁷: “A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resp. nº 213422. Relator Ministro José Delgado. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=213422&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 13 jun. 2013.

⁶⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*, in: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-193.

⁶⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 102.

⁶⁵⁷ Expressão presente no artigo 225 da Constituição Brasileira: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,(...) (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

vida saudável”⁶⁵⁸. Convém lembrar, também, que a promoção de uma sadia qualidade de vida somente é possível se o acesso à água potável for um direito a todos e a cada um assegurados.

Portanto, o reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição Brasileira no art. 1º, inciso III, está estreitamente relacionado à dimensão ou perspectiva positiva desse princípio constitucional, que contempla no seu conteúdo a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, próprias do mínimo existencial.

Várias são as implicações da inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da Constituição Federal brasileira. Uma dessas implicações é a necessidade de discriminar o que deve ser considerado como imprescindível para viver com dignidade. Porém, é necessário fazê-lo levando em consideração o panorama atual de nossa sociedade. Ou seja, a definição do que se constitui em mínimo existencial deve ser balizada dentro das demandas sociais contemporâneas, considerando que a constante evolução tecnológica e social requer uma permanente atualização das demandas sociais para uma vida digna.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento principal da transformação do Estado de Direito para o Estado Social de Direito. Essa evolução do Estado também é permanente, sendo que hoje o Estado constitucional contemporâneo projeta uma medida de proteção ambiental mínima, tendo como fundamento, também, a dignidade humana.⁶⁵⁹

Nesse aspecto, é necessário reconhecer que passa a ser dever do Estado garantir as prestações materiais mínimas daquilo que se compreende como mínimo existencial social, cultural e ambiental. Essas prestações são necessárias ao bem-estar e à dignidade das pessoas, principalmente daquelas

⁶⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 120.

⁶⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

em situação de vulnerabilidade social e econômica, mesmo que as dificuldades sejam transitórias, como nas situações de impossibilidade de efetuar o pagamento das tarifas dos serviços de abastecimento de água potável.

Nesse sentido, dizem respeito ao mínimo existencial, além daqueles direitos fundamentais já expressos no texto constitucional, “o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos, como água, saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais)”⁶⁶⁰. Portanto, integram o conteúdo do mínimo existencial direitos fundamentais expressos e implícitos. O próprio direito a um mínimo existencial, na condição de direito fundamental, é um direito implícito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

A configuração do direito fundamental a um mínimo existencial ecológico comporta uma série de condições materiais imprescindíveis para uma existência digna. Destaca-se a qualidade ambiental diante do quadro, infelizmente real, de degradação da natureza, de péssimas condições de moradia, de centros urbanos localizados em área de risco, rios e córregos totalmente poluídos, etc. “Pode se dizer inclusive, que tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade ao quadro existencial humano, em um direito a ter e exercer os demais direitos”⁶⁶¹. Sem a garantia do mínimo existencial ecológico, com a definição de um padrão mínimo de qualidade ambiental, os demais direitos fundamentais dificilmente serão exercidos na sua plenitude e, além disso, não é possível pensar em uma existência compatível com a promoção e o respeito à dignidade humana.

Assim, a fundamentação do mínimo existencial ecológico, para Thiago Fensterseifer⁶⁶², é alcançada com a ampliação do conceito de mínimo existencial “a fim de abarcar a ideia de uma vida com qualidade ambiental (e, por óbvio, com dignidade), em que pese a sobrevivência humana (e, portanto,

⁶⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.322.

⁶⁶¹ FENSTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável das presentes e futuras gerações. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 286.

⁶⁶² FENSTERSEIFER, 2009, p. 287

o mínimo vital) também se encontrar muitas vezes ameaçada pela degradação ambiental”.

Portanto, o mínimo existencial deve ser compreendido de forma ampliada com o objetivo de incluir a qualidade ambiental dentre os fatores considerados imprescindíveis para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há dúvidas de que o acesso à água potável é um desses fatores, que, por sua vez, também está estreitamente vinculado ao mínimo existencial ecológico.

O mínimo existencial na condição de direito-garantia vinculado ao direito de acesso à água potável não pode ser reduzido a um objeto previamente fixado, muito menos a uma quantidade genericamente determinada de água, no sentido de uma quantidade pré-estabelecida como ideal. Isso porque a definição do que integra o mínimo existencial depende de fatores relacionados às condições pessoais do titular do direito, além daqueles de ordem social, cultural e econômica.

Por outro lado, mesmo que o direito de acesso à água potável quando vinculado ao mínimo existencial possa ser compreendido como um direito subjetivo definitivo, passível de ser exigível por se tratar de um dever de prestações para o destinatário da norma fundamental, isso não significa que ele possa ser caracterizado como um direito absoluto, eis que pode ser relativizado no processo de aplicação, assim como os demais direitos fundamentais.

É preciso frisar, ainda, que o direito fundamental de acesso à água potável no processo de aplicação ao caso concreto pode receber o reforço do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. A Prevalência dos Direitos Humanos está arrolada como um dos princípios fundamentais do Estado no título I da Constituição brasileira, no seu artigo 4º⁶⁶³. Mesmo estando localizado no artigo que trata das relações internacionais, ele tem como função reger o Estado brasileiro nas relações internas e externas.

⁶⁶³ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (...). (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

Ao analisar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais, Celso Lafer explica que está presente “no art. 4.º, clara nota identificadora da passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito”. Assevera, ainda, que “este princípio afirma uma visão do mundo – que permeia a Constituição de 1988 – na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva de cidadania”⁶⁶⁴.

Contextualizando as decisões promovidas pelo constituinte brasileiro quanto à interação entre o direito internacional e o direito interno, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma: “O consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana”⁶⁶⁵.

Flavia Piovesan enfatiza que “cabe ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”⁶⁶⁶, inclusive do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de outros tratados internacionais que internalizaram direitos humanos com conteúdo relacionado ao direito de acesso à água potável.

A fundamentalidade do direito de acesso à água potável, além de decorrer do princípio da dignidade humana, decorre também do regime democrático e do princípio da igualdade. O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Brasileira⁶⁶⁷, na medida em que garante um

⁶⁶⁴ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 14.

⁶⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 32.

⁶⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

⁶⁶⁷ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Artigo 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

direito geral de igualdade. O direito geral de igualdade compreende o mandamento da igualdade na aplicação do direito e o mandamento da igualdade na criação do direito⁶⁶⁸.

Na criação ou formulação do direito, é preciso levar em conta o ensinamento de Robert Alexy⁶⁶⁹, amparado nas lições de Aristóteles, de que se deve ter, sempre, presente a fórmula clássica de tratar igual ao igual e desigual ao desigual, o que resulta no mandamento de que estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais. Nesse sentido, é vedado ao legislador criar normas reguladoras do direito de acesso à água potável que possam restringir o direito de acesso em algumas situações e que caracterizem tratamento desigual, inclusive por razões econômicas, assunto que será aprofundado nos próximos tópicos.

Na aplicação, o direito geral de igualdade, ao prever que “Todos são iguais perante a lei” e que não pode ser violado o direito à igualdade, deve ser interpretado no sentido de considerar o termo ‘lei’ com o significado de ‘direito’, ou seja, todos devem ser tratados com igualdade, considerando o conjunto de normas (princípios e regras) do sistema jurídico e os valores jurídicos e sociais próprios do Estado Democrático de Direito.

Lênio Streck e José Luís Bolzan de Moraes, ao abordarem a evolução do modelo de Estado Democrático de Direitos em relação aos modelos anteriores, afirmam que ocorreu “com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”⁶⁷⁰. Assim, verifica-se que o princípio da igualdade é também uma exigência do regime de estado adotado pela Constituição Brasileira.

Por outro lado, esse princípio está estreitamente relacionado aos direitos sociais que, ao serem efetivados, cumprem com a finalidade última da

País a inviolabilidade do direito (...), à igualdade, (...)” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 393 e seg.

⁶⁶⁹ ALEXY, 2008, p. 397.

⁶⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 97.

diretriz de igualdade. Na relação com o direito social de acesso à água potável, o princípio da igualdade cumpre a finalidade de assegurar as condições mínimas de vida aos titulares desse direito.

Luis Prieto Sanchís⁶⁷¹ afirma que é possível tratar como direito fundamental aquele direito que se possa razoavelmente sustentar que, em sua aplicação serve à dignidade humana, ou à liberdade, ou à igualdade. Nessa vereda, o direito fundamental de acesso à água potável pode ser sustentado como um direito que está estreitamente relacionado ao princípio da igualdade; o exercício desse direito proporciona não só a satisfação de uma necessidade humana, mas também a afirmação da importância do tratamento igualitário.

Assim, vale ratificar que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido amplo, decorrente do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição. A justificação desse reconhecimento deriva de uma interpretação do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais formalmente expressos ou consensualmente reconhecidos, como os princípios da igualdade e da dignidade humana, dentre outros.

Concretamente, o direito de acesso à água potável, reconhecido como direito fundamental a partir da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, do sistema de direitos fundamentais, do regime democrático e dos princípios constitucionais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e do princípio da igualdade, especificamente pela previsão normativa do direito geral de igualdade, justifica-se como realmente fundamental pela relação com a finalidade de proteção à dignidade das pessoas.

Portanto, por tudo que foi exposto no presente capítulo, concluo que todas as formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável são relevantes, seja a que reconhece como direito fundamental implícito, em sentido estrito, a que decorre do conteúdo de outros direitos fundamentais como o direito fundamental ao meio ambiente; seja a que

⁶⁷¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 88.

reconhece como direito fundamental implícito, em sentido amplo, a forma que deriva dos tratados de direitos humanos ou do regime e dos princípios constitucionais. Vale registrar, por fim, que das múltiplas formas de reconhecimento, entendo que a principal é aquela que reconhece o direito de acesso à água potável como direito fundamental por decorrência do conteúdo do direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

4.5 Considerações finais do capítulo 4

Neste quarto capítulo, analisamos as múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável com a finalidade de justificar, nos capítulos seguintes, a tese que defendo de que é exatamente esse reconhecimento como fundamental do direito de acesso à água potável que endossa a nossa convicção de resultar daí o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

Ao analisar o acesso à água potável como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, verificamos que esse direito não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional. Assim, por não ser uma norma formalmente fundamental, é necessário analisar os fundamentos e os meios utilizados para reconhecer o acesso à água como um direito materialmente fundamental.

Os argumentos racionais que justificam caracterizar o direito de acesso como fundamental ou os fundamentos utilizados para considerar o acesso à água potável revestido de fundamentalidade, pela minha percepção, podem ser encontrados no conteúdo abrangido pelo princípio da dignidade humana, com a sua garantia precípua de limitar o poder e tutelar a liberdade e a igualdade. Relembrando que é pela necessidade de limitação do poder e por meio das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade que justificamos o reconhecimento de novos direitos fundamentais decorrentes do respeito à dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento de um direito como materialmente fundamental ocorre por meio da ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos artigo 5º, §2º, da atual Constituição Brasileira. Essa cláusula deixa claro que a

enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. Assim, são direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, ou seja, são considerados direitos fundamentais outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. Portanto, pela nossa cláusula aberta, podem ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

Esse processo de reconhecimento pela cláusula de abertura constitucional consiste em considerar direitos (de acordo com o significado e conteúdo) como autênticos direitos fundamentais. Isso implica terem esses direitos um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais. Por conseguinte, tanto os direitos fundamentais expressos ou escritos como aqueles não expressos ou implícitos têm um regime jurídico especial, com os seguintes efeitos: 1) são protegidos pela constituição como normas supremas, portanto prevalecem sobre as normas infraconstitucionais; 2) não podem ser abolidos (materialmente) por emenda constitucional, seus conteúdos não podem ser objeto de emendas tendentes à redução ou eliminação de direitos (direitos exercidos pelo indivíduo); 3) vinculam imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo) e, na maior medida possível, os particulares e 4) desfrutam, também, na maior medida possível, de aplicabilidade imediata.

Entendo, outrossim, que devemos levar à sério as recomendações de que é preciso ter cautela no reconhecimento de novos direitos como fundamentais a partir da cláusula de abertura constitucional. É necessário verificar, antes de eleger um novo direito fundamental, se determinada esfera jurídica já não está protegida por um direito fundamental mais geral e se esse novo direito é passível de uma correta justificação da sua fundamentalidade.

Em consonância com o exposto, acreditamos que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido estrito, como resultado da redefinição do campo de incidência do direito

fundamental ao meio ambiente, expresso no artigo 225 da Constituição Brasileira. Pode, também, ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido amplo, como decorrência de direitos humanos previstos em tratados internalizados pelo Estado Brasileiro, ou, ainda, como decorrência do regime e dos princípios constitucionais.

Pela minha perspectiva, destaca-se dentre as possibilidades de reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental, aquela que deriva do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente. A identificação do direito de acesso à água potável no conteúdo do direito ao ambiente pode ser analisada tanto na dimensão subjetiva como na dimensão positiva. A nosso ver, o direito subjetivo a um ambiente ecologicamente equilibrado, para ser exercido na sua plenitude, pressupõe determinadas garantias que possibilitem o acesso aos bens de uso comum do povo, incluindo-se a água potável. Já na dimensão objetiva é possível identificar a tarefa ou a obrigação do Estado de garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é possível identificar, além do direito à água potável, direito fundamental implícito em sentido estrito, uma série de posições jurídicas, dentre outras, o direito a um ar respirável, a uma paisagem bela, o direito à preservação do ambiente natural, à conservação dos bens ambientais, à manutenção do ambiente cultural e histórico, o direito a um saudável ambiente do trabalho, a um saudável ambiente urbano, a um saudável e seguro ambiente virtual, ambiente esse em que se desenvolvem as contemporâneas formas de comunicação em rede. Fica evidente, portanto, que a garantia constitucional a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável comporta a proteção não apenas à vida natural, mas a um conjunto de variáveis necessárias à vida saudável.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente como fundamental e do direito de acesso à água potável como decorrente desse, inegavelmente, reforça a compreensão de que o conteúdo do mínimo existencial comporta a aceitação da presença de um direito ao mínimo existencial ambiental (ou ecológico) que garanta água com qualidade e em quantidade adequada para

manutenção da vida. Sem a garantia do mínimo existencial ecológico, com a definição de um padrão mínimo de qualidade ambiental, os demais direitos fundamentais dificilmente serão exercidos na sua plenitude e, além disso, não é possível pensar em uma existência compatível com a promoção e o respeito à dignidade humana.

O reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental que decorre do conteúdo do direito ao ambiente está estreitamente relacionado ao direito à vida. Certo é que não existe vida sem água. Na dimensão de direito fundamental a prestações a água potável deve ser fornecida em quantidade suficiente e qualidade adequada para garantir a todos os brasileiros o direito a uma vida digna. Além do direito à vida digna, outros direitos humanos constitucionalizados, portanto, direitos fundamentais, estão associados ao direito ao ambiente e ao direito implícito de acesso à água potável.

O direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional, num processo que se denomina de constitucionalização de direitos humanos, que admite considerar a fundamentalidade das normas expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados no direito brasileiro. Essa fundamentalidade ficará plenamente justificada quando se demonstrar que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais. Dentre os vários tratados e convenções internalizados pelo Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um dos documentos internacionais que contêm disposições que justificam a caracterização do direito de acesso à água como fundamental.

Alguns artigos desse Pacto fundamentam a interpretação de que o direito de acesso à água potável é um direito humano internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, um direito materialmente fundamental. O artigo 11 afirma que os Estados Partes devem reconhecer o direito a um nível de vida adequado, incluindo o direito à alimentação e à moradia. O artigo 12 contém implicitamente o reconhecimento do direito de acesso à água potável ao instituir o dever dos Estados Partes com o direito à saúde. Assim, o direito que cada um tem de desfrutar o mais elevado nível

possível de saúde e a um nível de vida adequado, inclui, indubitavelmente, o dever do Estado de garantir o acesso à água.

Essa interpretação de que o direito de acesso à água potável integra o conteúdo de outros direitos expressamente citados no Pacto foi efetuada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que ao desenvolver uma atividade interpretativa dos artigos 11 e 12 do Pacto, emitiu a Observação Geral nº 15, em novembro de 2002, reconhecendo o direito de acesso à água como um direito que está incluído no âmbito dos direitos humanos à saúde, à vida digna e à alimentação, dispondo que os Estados têm o dever de garantir o acesso a uma quantidade mínima de água, que seja suficiente para o uso pessoal e doméstico.

Por último, entendo que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido amplo, por decorrência do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição Brasileira. Os direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais podem ser entendidos como direitos fundamentais, plenamente justificados, a partir da demonstração de que eles são uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito de acesso à água potável pode ser identificado como um direito materialmente fundamental a partir da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, especialmente do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

Portanto, a nossa conclusão de que são várias as formas de reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental reforça a tese de que o dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento, além de ser uma tarefa do Estado, é um dever conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. Das múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, a principal, a nosso ver, é aquela que reconhece o direito de acesso à água potável como direito fundamental por decorrência do conteúdo do direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Essa convicção de ser a principal forma de reconhecimento está assentada na característica que o direito ao ambiente apresenta de ser um direito fundamental completo. O direito ao meio ambiente se consubstancia em um leque de posições jurídicas que faz emergirem para o Estado as obrigações de respeitar, proteger e realizar, provocando o reconhecimento de um mínimo de qualidade ambiental, consequentemente, de um direito ao mínimo existencial ecológico, que prefiro denominar de 'mínimo existencial ambiental'. Portanto, o direito de acesso à água potável, identificado no conteúdo do direito ao ambiente, tem a sua fundamentalidade relacionada à adequada quantidade e à qualidade da água, considerando a quantidade mínima necessária e a boa qualidade como elementos essenciais para que o homem tenha a sua dignidade respeitada e consiga viver num ambiente saudável, social e ecologicamente equilibrado.

CAPITULO 5

5. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA E MULTIFUNCIONALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

O tempo mostra que a vida
É muito simples assim...
É como um abraço de mãe
Protegendo a vida do filho
É como água que cai
De mansinho na calçada
É como um sorriso maroto
Do guri missioneiro
Que corre solto no mundo
Buscando seu próprio caminho!
A vida é simples assim...
Como a água que cai de mansinho...
(Mariângela Caetano Tanovich)

5.1 Configuração jurídica do direito fundamental de acesso à água potável

Neste tópico serão analisados apenas alguns aspectos da configuração jurídica do direito fundamental de acesso à água potável, notadamente, aqueles aspectos relacionados com a problemática apresentada no início do trabalho. Portanto, não há necessidade de analisar todos os elementos jurídicos e as suas múltiplas classificações.

Os direitos fundamentais têm sido classificados pelos doutrinadores por meio de diversos critérios, enquanto que a positivação desses direitos nos ordenamentos jurídicos de diferentes Estados nem sempre considera as classificações elaboradas pela doutrina. Tanto no Brasil como em Portugal essa é a *praxis*.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações promovidas pelas revisões constitucionais, dividiu os direitos fundamentais em dois grandes grupos assim formados: o primeiro (Título II) pelos direitos, liberdades e garantias; o segundo (título III) pelos direitos económicos, sociais e culturais. Essa classificação se justifica⁶⁷² pela previsão de regimes jurídicos diferenciados, em que os direitos, liberdades e garantias, diferentemente dos direitos sociais, têm claramente expreso tratamento especial.

⁶⁷² Posicionando-se com ressalvas o professor Vasco Pereira da Silva afirma: “Só que esta pretensa dicotomia de regimes jurídicos não bate certo (...) (SILVA, Vasco Pereira da. “A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007, p. 135)

Já a Constituição da República Federativa do Brasil não fez distinção expressa de regimes jurídicos aplicáveis aos direitos fundamentais, o que justifica o fato de o constituinte não ter adotado a classificação dos dois grandes grupos de direitos consolidados na década de 1960 pelos Pactos da Organização das Nações Unidas - ONU⁶⁷³. Os direitos fundamentais são agrupados no texto constitucional (Título II) em quatro grupos: como direitos individuais e coletivos (Capítulo I); direitos sociais (Capítulo II); direitos da nacionalidade (Capítulo III) e direitos políticos (Capítulo IV e V).

Assim, sem efetuar referências às várias classificações elaboradas pelos doutrinadores, pretende-se nesta parte do trabalho restringir a abordagem desse conteúdo apenas àquilo que possa auxiliar na compreensão da presente tese. Dessa forma, é necessário iniciar com a análise de elementos que configuram e justificam o reconhecimento de um novo direito fundamental, para, logo em seguida, analisar a estrutura e as fontes das normas que garantem o direito de acesso, para, no final, verificar as dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental de acesso à água potável.

5.1.1 O reconhecimento de um novo direito fundamental

O reconhecimento de novos direitos humanos, principalmente o reconhecimento de novos direitos fundamentais é um tema complexo e polêmico. Há certas correntes doutrinárias que manifestam resistência ao surgimento de novos direitos, notadamente, de novos direitos fundamentais. Os argumentos são de que reconhecer demandas individuais ou coletivas como sendo novos direitos pode provocar um efeito inflacionário de direitos e também uma desvalorização da eficiência dos direitos já existentes. Assim, esse reconhecimento gera temor quanto ao surgimento de novas demandas que desvirtuam a natureza dos direitos humanos⁶⁷⁴.

⁶⁷³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1966. O primeiro disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 31 jul. 2012. O segundo disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 31 jul. 2012.

⁶⁷⁴ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *El derecho humano a um medio ambiente adecuado*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 8, Universidade de Deusto. Bilbao, 2000, p.15.

O professor Paulo Otero afirma que, a partir das últimas décadas do século XX, há uma progressiva perda da “fundamentalidade” do conceito de direitos fundamentais. Assim, resumidamente, esse processo de debilitação da “fundamentalidade” dos direitos fundamentais, ocorre com: a) O alargamento do conceito de “direito fundamental” - começam a surgir direitos “fundamentais” de certas categorias particulares de indivíduos (direitos dos estudantes, direitos dos homossexuais). Amplia-se a titularidade de “direitos fundamentais” às pessoas coletivas como a entidades públicas; b) Despersonalização e diluição da fundamentalidade – meras expectativas jurídicas ou simples direitos subjetivos estão sendo reconduzidos como “direitos fundamentais”; c) Tentativa de caracterizar como direitos fundamentais até mesmo direitos contrários à dignidade humana - exemplos: direito ao aborto e direito a se prostituir; d) Perigo da abertura constitucional - a cláusula aberta não pode converter-se num mecanismo de destruição, esvaziamento ou adulteração da materialidade dos direitos fundamentais: a constitucionalização de novos direitos fundamentais por via da cláusula aberta não pode traduzir uma manifestação da arbitrariedade do Estado como “dono” dos direitos fundamentais.⁶⁷⁵

Por tudo isso, Paulo Otero defende a tese de que é necessária uma evolução do Estado de direitos fundamentais ao Estado de direitos humanos. O Estado de direitos humanos traduz uma manifestação do conceito de “Estado Humano”, que consiste na seguinte lógica: é em torno da pessoa humana que a sociedade se estruturou, portanto é na dignidade humana que o Estado encontra justificação e o Direito tem o seu referencial axiológico. O Estado de direitos humanos traduz uma manifestação do conceito de “Estado Humano” formulado por João Paulo II: trata-se de um modelo de sociedade política que reconhece “como seu dever primário a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente da mais débil”. A expressão “Estado de direitos humanos” torna-se, por isso, mais rigorosa, em confronto com a expressão “Estado de direitos fundamentais”, excluindo o acessório e concentrando-se no

⁶⁷⁵ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p.527 e ss.

essencial: o estatuto da pessoa humana como protagonista do Estado, do Direito e da História⁶⁷⁶.

Pode-se, até mesmo, não ter concordância com todas as posições do Professor Paulo Otero, no entanto, não há como discordar de sua assertiva de que “é em torno da pessoa humana que a sociedade se estruturou, portanto é na dignidade humana que o Estado encontra justificação e o Direito tem o seu referencial axiológico”⁶⁷⁷. Nesse sentido, entendo que é preciso frisar que o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental também está axiologicamente fundamentado na dignidade da pessoa humana. Portanto, não se trata de meras expectativas jurídicas ou de simples direitos subjetivos reconduzidos como direitos fundamentais. Nem mesmo a cláusula de abertura constitucional, ao ser utilizada como instrumento de reconhecimento desse direito como fundamental, pode ser considerada um mecanismo de destruição, esvaziamento ou adulteração da materialidade dos direitos fundamentais.

Frente a essa questão convém lembrar Pérez Luño⁶⁷⁸ que afirma, com plena razão, que negar às novas demandas a possibilidade de passarem a ser reconhecidas como direitos humanos, seria desconhecer o caráter histórico desses, assim como privar de tutela jurídica fundamental algumas das necessidades mais radicalmente sentidas pelos homens e pelos povos de nosso tempo. É evidente que é necessário depurar as reivindicações existentes na sociedade para estabelecer quais delas incorporam novos direitos e liberdades dignas de tutela jurídica e quais são meras pretensões arbitrárias. Não há dúvidas de que o acesso à água pela importância que tem para o ser humano e para a coletividade, notadamente por não se caracterizar como pretensão arbitrária, deve ser juridicamente tutelado.

Ademais, necessitamos ter presentes aspectos históricos do reconhecimento de novos direitos fundamentais. Os direitos de liberdade foram

⁶⁷⁶ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p.526-527.

⁶⁷⁷ OTERO, 2007, p.527

⁶⁷⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Las generaciones de derechos fundamentales*. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10. Madrid, marzo-agosto 1991, p. 210.

reconhecidos como direitos fundamentais a partir de insistentes solicitações e pressões daqueles que valorizavam o âmbito de liberdade do indivíduo. Os direitos sociais também são frutos de exigências e pretensões que se transformaram em reconhecimento de direitos a prestações, assim, o direito de acesso à água potável, na sua acepção de direito fundamental social, é resultado do reconhecimento de uma exigência ou pretensão moldada pela realidade contemporânea, de crises econômicas e sociais, de escassez e de valorização da água potável.

Podemos ressaltar, também, a posição de Robert Alexy, que ao definir Direito Fundamental Completo⁶⁷⁹ como um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas, identifica nas normas de direitos fundamentais o caráter de princípio, quando aparece claramente o dever do Estado em garantir a esfera de liberdade ou de concretizar ações positivas na maior medida possível. Assim, o direito de acesso à água potável, ao ser exercido por seu titular, não é um mero efeito reflexo do estado e, sim, um direito que pode ser exigido judicialmente, caracterizando-se, ao final, como um dever do seu destinatário, seja o Estado ou o particular.

Portanto, o direito de acesso à água potável é um direito que deve ser reconhecido como fundamental, já que abrange um feixe de posições jurídicas objetivas e subjetivas imprescindíveis para o estado e para a sociedade, em que facilmente se identifica uma dupla função: defensiva e prestacional (tema que será abordado no tópico 5.2).

O direito de acesso à água potável é um direito que está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana, mantendo uma relação de interdependência com os demais direitos fundamentais, exercendo uma função social e, ao mesmo tempo, tendo características estruturais dos demais direitos fundamentais. Nessa esteira, Vasco Pereira da Silva aponta a existência de uma ‘identidade cultural’ entre todos os direitos fundamentais, resultando a identidade de natureza jurídica com o seu duplo fundamento de unidade axiológica e unidade estrutural. A unidade axiológica consiste em vincular todos os direitos fundamentais aos valores da dignidade da pessoa

⁶⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 248-253.

humana. Já a unidade estrutural se caracteriza por todos os direitos fundamentais apresentarem “uma configuração uniforme, que se desdobra numa esfera negativa, que obriga à abstenção de agressão de entidades públicas (e privadas) e que confere um direito de defesa contra as referidas agressões, e numa esfera positiva, que determina deveres de intervenção a cargo dos poderes públicos (e também privados) (...)”⁶⁸⁰. Essa esfera positiva determina aos poderes públicos atuações concretas e determinadas (gerando direitos subjetivos) e atuações vagas e indeterminadas (que podem não ser entendidas como direitos subjetivos). Em síntese: o direito de acesso à água potável é um direito fundamental que também está vinculado à dignidade da pessoa humana e um direito que se estrutura numa esfera negativa e numa esfera positiva.

O alerta, já conhecido, é de que se deve ter cautela no reconhecimento de novos direitos fundamentais e de que antes de incluir um novo direito no ordenamento jurídico é necessário verificar se já não existe um direito fundamental mais amplo e geral que abranja o conteúdo ou o âmbito de proteção do novo direito. Indubitavelmente, se há um direito reconhecido pela Constituição como fundamental, que proteja uma esfera de liberdade maior, todas as liberdades abrangidas por essa maior também estarão protegidas pelo mesmo direito, não sendo necessário um direito fundamental de defesa específico. No entanto, tratando-se de direito social, em que se requer do Estado uma atuação positiva, de garantir prestações fáticas ou jurídicas, não se tem a garantia de que um direito fundamental não expresso ou implícito, que decorra de um outro direito formalmente fundamental ou de princípios constitucionais, seja efetivamente considerado.

Pelo contrário, a jurisprudência dos tribunais brasileiros⁶⁸¹ tem demonstrado que o direito de acesso à água potável, mesmo quando

⁶⁸⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 67.

⁶⁸¹ A jurisprudência consolidada dos tribunais brasileiros apresenta contradições que serão aprofundadas no próximo capítulo, para demonstrar a importância do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, principalmente quando esse direito exerce a função de direito a prestações. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Embargos Infringentes desacolhidos. Embargos Infringentes n.º 70033845900. Embargante: Departamento Municipal de Água e Esgoto - DMAE. Embargado:

caracterizado como um direito fundamental implícito é preterido, em algumas situações, por normas infraconstitucionais de caráter patrimonial, portanto, nesses casos, não está ocorrendo uma interpretação racional e, assim, o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental se mostra extremamente relevante.

Portanto, para superar essa incoerência da jurisprudência brasileira de reconhecer o direito de acesso à água potável como fundamental apenas em algumas situações, é necessário reforçar a tese aqui apresentada de que o direito de acesso à água potável é um direito fundamental, sempre que exercido por meio de serviços públicos de abastecimento. O acesso na forma de serviços públicos sobressai a função de direito a prestações, assim, é imprescindível o reconhecimento desse direito como fundamental, para que o destinatário dessa norma fundamental (Estado ou os particulares – esses apenas em algumas situações) pratiquem os atos necessários para dar efetividade a esse direito fundamental (prestações tanto no sentido amplo como no sentido estrito). Portanto, pelo fato de esse direito ser um direito que exige prestações positivas do destinatário (Estado), é relevante que seja reconhecido como fundamental. Do contrário, corre-se o risco de não se ter a efetividade da norma que garante o acesso à água potável.

Ademais, ao se considerar apenas que esse direito integra o conteúdo de outro direito fundamental expresso no texto constitucional (como o direito ao ambiente), poderia ocorrer com facilidade a inobservância do “dever ser” de fornecer água potável, porque se trata de serviços públicos, portanto, direito social facilmente relativizado. Infelizmente, por conta das crises que assolam o Estado contemporâneo (tema do próximo capítulo) os direitos sociais têm tido um tratamento diferenciado em relação aos direitos de defesa (liberdades). É nesse sentido que, por exemplo: o direito de ‘assobiar’, integrante do conteúdo da liberdade de expressão, não necessita do reconhecimento como um novo direito fundamental para ter efetividade, porque não se exige, de forma preponderante, dos seus destinatários (Estado e particulares) ações positivas (prestações) e sim ações negativas (prepondera a função de direito de defesa),

basta a abstenção do destinatário da norma para que o direito de expressão (como ação de assobiar) seja efetivado.

Assim, o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental se faz necessário pelo fato de ser um direito que exerce preponderantemente a função de direito a prestações. Esse reconhecimento é imprescindível para que, na aplicabilidade do direito, não continuem ocorrendo os equívocos registrados, como nos casos em que os tribunais brasileiros aplicam as normas infraconstitucionais que autorizam a interrupção do fornecimento de água, nas circunstâncias elencadas nas leis. Somente com o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável os casos de negação de fornecimento de água poderão ser revertidos e esse direito, quando na função de direitos a prestações, poderá ser efetivamente observado. Isso se evidencia por que os novos direitos a prestações necessitam de um reconhecimento efetivo para serem concretizados, diferente dos direitos de defesa que podem com facilidade ser observados e judicialmente cobrados, mesmo quando um direito mais amplo abarca um direito específico não expresso no texto.

É preciso, ainda, mesmo que sucintamente, registrar a importância do entendimento doutrinário de que: não é necessário e, ao mesmo tempo, é estéril debater se o direito à água é um direito humano autônomo ou se, pelo contrário, é um pressuposto para exercício de outros direitos humanos, como a saúde, a alimentação ou a vida. É nesse sentido a observação de Maurício Pinto, Noelia Torchia e Liber Mantín, quando afirmam: “As classificações são instrumentos de clareza que nos permitem conhecer melhor o objeto de nossa investigação, submetem os entes a um certo regime ordenador para facilitar seu estudo, porém não acarretam necessariamente consequências jurídicas”⁶⁸². Portanto, afirmar que o direito de acesso à água potável é um direito autônomo não acarretará consequências práticas. O que importa é reconhecer esse direito como fundamental, seja ele decorrente de outros direitos fundamentais, ou do regime e dos princípios constitucionais, ou, ainda,

⁶⁸² PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, p. 56.

decorrente das normas de direitos humanos internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem dúvida, num contexto em que prepondera o positivismo jurídico exacerbado e a hermenêutica tradicional, o ideal seria que o direito de acesso à água potável estivesse formalmente positivado na Constituição brasileira, assim como está nas Constituições do Uruguai, Bolívia e Equador (conforme tópico 2.3). Tudo isso, para que não ocorra mais a sonegação do direito de acesso à água potável, com a justificativa de que a legislação brasileira⁶⁸³ prevê a possibilidade da interrupção do fornecimento de água potável. No entanto, essa mesma consequência, da não sonegação de um direito fundamental (materialmente fundamental), pode ser observada desde que no processo de aplicação do direito seja reconhecida a fundamentalidade desse direito, ou, que seja reconhecido um novo direito fundamental.

A identificação do conteúdo de um novo direito fundamental está interligada à análise da delimitação do âmbito de proteção da norma definidora desse mesmo direito fundamental. Nesse sentido, Ronnie Preuss Duarte afirma: “Uma das formas de verificação do âmbito de proteção ou de abrangência de uma norma jusfundamental é a identificação das normas a ela adscritas”⁶⁸⁴.

No mesmo sentido, Robert Alexy, ao definir direito fundamental completo, esclarece que as normas adscritas a uma norma de direito fundamental podem ter a natureza tanto de regras como de princípios⁶⁸⁵, “isso significa que, no feixe que constitui o direito fundamental completo, se incluem tanto posições definitivas quanto posições *prima facie*”⁶⁸⁶. Assim, o conteúdo do direito fundamental de acesso à água potável pode ser identificado tanto em regras (legislação brasileira que regula os serviços de abastecimento), como em princípios (principalmente aqueles referidos no tópico 4.4), assunto que

⁶⁸³ Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

⁶⁸⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 128.

⁶⁸⁵ Ver também, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55.

⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 252.

será tratado no próximo tópico denominado: 'Estrutura e fontes do direito fundamental de acesso à água potável'.

No entanto, determinar o seu conteúdo, ou seja, apontar o que está incluído no direito de acesso à água potável, não é uma tarefa fácil, principalmente, por tratar-se de um direito fundamental não expresso no texto constitucional.

A água, simplesmente por ser um bem ambiental, tem significância considerável, sendo que, presentes as condições de potabilidade, a sua importância, enquanto bem fundamental, será elevada. Portanto, o conteúdo do direito fundamental de acesso à água potável se expressa, também, na garantia de sua qualidade como condição imprescindível para a manutenção da vida.

O acesso à água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento pode ser reportado à condição de direito fundamental social. A análise do ponto de vista teórico-estrutural desse direito fundamental social, utilizando-se das lições de Robert Alexy⁶⁸⁷, demonstra que há normas que garantem direitos subjetivos, conforme, também, o reconhecimento em algumas decisões dos tribunais brasileiros; por outro lado, há normas que obrigam o Estado de forma objetiva, principalmente, quanto aos procedimentos e organização na prestação do serviço de abastecimento.

A Configuração jurídica do direito fundamental de acesso à água potável na dimensão ou perspectiva de normas jurídico-objetivas e normas jurídico-subjetivas será abordada no tópico 5.1.3. Portanto, adotando-se a classificação de Ingo Sarlet, é possível caracterizar o direito de acesso à água potável como um direito fundamental que apresenta as duas perspectivas, jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva. Ressalta-se que esse direito fundamental envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas no tocante ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações, tema que será analisado no tópico 5.2.

⁶⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 500-501.

5.1.2 Estrutura e fontes do direito fundamental de acesso à água potável

As normas de direitos fundamentais podem assumir a configuração tanto de princípios como de regras. A distinção entre princípios e regras, mesmo que sucintamente apresentada, é um pressuposto teórico importante para a compreensão de algumas conclusões que serão formuladas no decorrer deste trabalho e, notadamente, para verificar, neste tópico, a estrutura e as fontes do direito fundamental de acesso à água potável.

Não há dúvidas de que a distinção entre regras e princípios tem grande relevância para a teoria dos direitos fundamentais. A eficácia jurídica, a efetividade (eficácia social) e as questões relacionadas ao âmbito de proteção, adquirem maior clareza a partir da análise da estrutura das normas de direitos fundamentais. Por isso mesmo, têm sido comuns referências a essas normas como princípios, com a finalidade de demonstrar sua elevada posição no ordenamento jurídico. Por outro lado, quando os direitos fundamentais são tratados como regras, cumprem o papel de realçar o caráter vinculante e a força normativa definitiva desses direitos.

A distinção entre princípios e regras tem seu apogeu precisamente no famoso artigo de Ronald Dworkin, “The Model of Rules”, publicado pela primeira vez em 1967, posteriormente incluído na obra “Levando os direitos a sério”⁶⁸⁸. O objetivo de Dworkin, com esse artigo, era criticar com veemência a teoria positivista de Herbert Hart⁶⁸⁹. Dworkin afirmava que Hart, ao tratar o direito como um sistema formado unicamente por regras, não conseguia compreender o processo de argumentação desenvolvido nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), onde operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos, como os princípios e as diretrizes políticas, que são distintos das regras.

A enunciação de regras e princípios realizada por Dworkin é aceita por Alexy, que parte dessa teorização, efetua algumas alterações e procura

⁶⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁸⁹ HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. 5ª ed..Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2007.

sofisticá-la⁶⁹⁰. Assim, a distinção entre princípios e regras elaborada por Ronald Dworkin⁶⁹¹ e reformulada, posteriormente, por Robert Alexy⁶⁹² consolidou a ideia de que o direito não é constituído apenas por regras, mas também por princípios, normas que se abrem para a entrada dos valores no direito, como defendido por Gustav Radbruch⁶⁹³, contrariando as teses positivistas. Essa evolução ocorrida no âmbito filosófico-jurídico fez com que surgisse um novo paradigma, chamado de pós-positivismo.

Apoiado na teoria dos princípios de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva ressalta que a estrutura dos direitos que as normas de direitos fundamentais garantem é o principal traço distintivo entre regras e princípios, observando que: “No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”⁶⁹⁴. Esse caráter *prima facie* indica que o fato de um princípio valer, em tese, para um caso concreto não significa que ele servirá como razão definitiva para esse mesmo caso, ou seja, não quer dizer que a consequência jurídica nele prevista será observada. Diante dessa instigante abordagem, Alexy enfatiza que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁶⁹⁵.

Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, assim: “são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

⁶⁹⁰ CEZNE, Andrea Narriman. *A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 52, p. 51-67, jul./2005, p. 54.

⁶⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

⁶⁹³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁶⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo Melhoramentos, 2010, p. 45.

⁶⁹⁵ ALEXY, 2008, p. 85.

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁶⁹⁶. “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁶⁹⁷.

A tese dos princípios como mandamentos de otimização junto com as teses sobre a lei de colisão e a lei do sopesamento compõem os fundamentos e ideias principais da teoria dos princípios. Essas teses representam a principal evolução de Alexy em relação a Dworkin, sendo que a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização é uma das distinções que aparecem entre os dois teóricos.

Portanto, essas e outras distinções entre regras e princípios apontadas por Dworkin e Alexy influenciaram outros autores, como Canotilho⁶⁹⁸, a elencar critérios de distinção como: ‘do grau de abstração’, que aponta no sentido de serem os princípios normas dotadas de um grau de generalidade mais elevado do que aquele observado relativamente às regras; ‘do grau de determinabilidade’ na aplicação do caso concreto, sendo que os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras dos operadores do direito, enquanto que as regras são suscetíveis de aplicação direta; ‘do caráter de fundamentalidade’, que no sistema das fontes de direito é mais significativo nos princípios; ‘da proximidade da ideia de direito’ ou de justiça, sendo os princípios padrões juridicamente vinculantes por veicularem noções de justiça e as regras como normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e por fim, o critério ‘da natureza normogenética’ em que princípios são fundamentos de regras, a elas dando razão de existir.

No entanto, a diferenciação entre princípios e regras da forma até aqui apresentada não é posição doutrinária consensual. Há autores que sustentam posições distintas como: a de que também em relação às regras é necessária a

⁶⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 90.

⁶⁹⁷ ALEXY, 2008, p. 91.

⁶⁹⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 1160.

utilização do método da ponderação⁶⁹⁹; a de que não existem normas-regra e nem normas-princípio, mas apenas normas válidas que no momento de aplicação são tema de uma conversação a respeito das razões para a ação por elas fornecidas⁷⁰⁰; a de que princípios definem fins a serem atingidos sem apresentarem esclarecimentos acerca dos procedimentos a serem adotados nesse desiderato, regras estabelecem meios, determinando comportamentos a eles adequados de modo mais preciso e definitivo⁷⁰¹; a de que não é possível que uma mesma norma possa conjugar a estrutura de princípio e regra⁷⁰².

Portanto, a estrutura das normas de direitos fundamentais se configura tanto de princípios quanto de regras, comportando a distinção entre regras e princípios como uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas. As normas que expressam o comando (dever-ser) que garante o direito fundamental de acesso à água potável abarcam, por vezes, regras e, por vezes, princípios.

O direito de acesso à água potável pode ser identificado em regras como as previstas na legislação que regula os serviços públicos de abastecimento, especialmente, a Lei do saneamento básico (Lei nº 11.445/2007⁷⁰³), que no seu art. 2º define que os serviços de saneamento (abastecimento de água) deverão ser prestados com base no ‘princípio da universalização do acesso’.

O direito de acesso também se traduz em regras do Código de Águas brasileiro (Decreto nº 24.643/1934) no tocante à positivação do instituto jurídico do “uso comum”⁷⁰⁴. Essa forma de acesso, intensamente utilizada no período

⁶⁹⁹ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

⁷⁰⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

⁷⁰¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 31.

⁷⁰² LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

⁷⁰³ BRASIL. *Lei 11.445/2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em 06 jan. 2012.

⁷⁰⁴ O “uso comum “ pode ser caracterizado como aquele que realiza qualquer pessoa para beber ou saciar sua sede, banhar-se, lavar a roupa ou qualquer outro objeto, em águas de córregos, poços, rios e lagos. Antes da implementação do abastecimento populacional por

que antecedeu a instituição dos serviços públicos, encontra-se positivada em regras previstas nos art. 34 e 35, do Título I, denominado “Águas comuns de todos”, do Código de Águas⁷⁰⁵.

Quanto aos princípios, convém lembrar que a existência de princípios que norteiam a Constituição Federal brasileira, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros, garante fundamentos racionais para se considerar o acesso à água potável um direito materialmente fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, “direitos fundamentais também podem ser encontrados de maneira imediata a partir das referidas cláusulas abstratas de acentuado teor moral, sem necessariamente terem de estar desde o início detalhados em uma constituição”⁷⁰⁶ Portanto, o direito de acesso à água potável é um direito fundamental que decorre também do princípio constitucional da dignidade humana. O reconhecimento dessa fundamentalidade se dá por meio do dispositivo jurídico formal presente no texto constitucional que é a cláusula de abertura aos direitos fundamentais do Art. 5º, § 2º⁷⁰⁷.

Assim, se regras e princípios integram a estrutura do direito de acesso à água potável e a cláusula de abertura reconhece como fundamentais direitos oriundos de outras fontes, com facilidade é possível verificar quais são as fontes desse direito fundamental. Analisam-se, sinteticamente, neste tópico, as fontes do direito de acesso à água potável, utilizando-se elementos de uma classificação dogmática com acréscimos de ligeiras alterações, com base nas lições de Dworkin, Alexy e Castanheira Neves, objetivando a aproximação do

meio dos denominados serviços públicos, o acesso à água se efetivava com o ato de ir até o reservatório de água para se abastecer.

⁷⁰⁵ Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível. Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios (BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2011).

⁷⁰⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), Florianópolis, 2005, p. 269.

⁷⁰⁷ Art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” ((BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

novo sentido do direito, dessa fase pós positivista, para caracterizar os princípios jurídicos como fontes do direito.

No ordenamento jurídico brasileiro os princípios historicamente foram relegados a fontes subsidiárias do direito. O art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁷⁰⁸ dispõe que as fontes do Direito são: a lei (fonte principal); a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (fontes acessórias ou secundárias). É necessário acrescentar o reconhecimento incontestável da influência da orientação científica formulada pelos doutrinadores (doutrina), bem como das diretivas de compreensão criadas pela reiteração de decisões dos tribunais (jurisprudência).

Nos últimos anos a prática jurídica tem realçado a importância dos princípios e da jurisprudência como importante fonte para o direito. As mudanças ocorridas recentemente, final do século XX e início do século XXI, são de grandes transformações na teoria do direito, notadamente na aplicação das fontes do direito. Algo parecido aconteceu no final do século XVIII e início do XIX, nos Estados Unidos, com o surgimento do denominado Direito criado pelos juízes (*judge-made law*), quando ocorreu o esvaziamento dos precedentes ingleses até então fonte primária do direito Norte-Americano. No Brasil está ocorrendo, na aplicação do direito pelos juízes e tribunais, certo abandono da tradicional teoria das fontes do direito, com a sobreposição dos princípios jurídicos e da jurisprudência em relação à legislação.

O juiz, no Sistema Romano-Germânico adotado no Brasil, ao jurisdicionar sempre utilizou, de forma imediata, as fontes formais, notadamente a legislação, para aplicar aos casos concretos. Não encontrando uma regra (lei) aplicável ao caso é que buscaria nas demais fontes uma resposta juridicamente aceita para o caso concreto. Hoje o juiz julga a lei antes de julgar o caso, analisando a sua compatibilidade com os princípios e com a jurisprudência passível de ser aplicada ao caso, portanto, somente após verificar a jurisprudência dominante e os princípios constitucionais é que decide

⁷⁰⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 26 dez. 2013.

por aplicar ou afastar a lei. Assim, a jurisprudência e os princípios passam a ter um papel de fonte informadora do direito.

Essa prática também vem sendo utilizada pelos juristas e pesquisadores da ciência jurídica que, a partir de uma análise empírica, verificam, inicialmente, quais são os princípios informadores do direito pesquisado, posteriormente, qual é a jurisprudência dos tribunais sobre o assunto, por fim, quais as regras (leis) reguladoras da matéria e se os princípios informadores e a jurisprudência autorizam a aplicação da norma positiva, ou determinam a sua supressão.

Um exemplo de caso jurisprudencial em que o julgador utiliza os princípios jurídicos como fonte informadora do direito e a jurisprudência dominante para afastar a regra aplicável ao caso concreto é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial* nº 988.334 - RO⁷⁰⁹. Nesse caso, julgado em 2008, o relator Ministro Luiz Fux justificou sua decisão de não aplicar uma regra prevista no Código de Defesa do Consumidor para, à luz do princípio da boa-fé e com fundamento nos precedentes daquela corte, decidir pela legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia.

Portanto, os princípios (fonte de natureza científica) ao lado da jurisprudência (fonte de natureza pragmática) são na atualidade importantes fontes do direito⁷¹⁰. São verdadeiras fontes informadoras do direito, no sentido de servirem como diretrizes na aplicação e de terem capacidade para criar de forma imediata o direito ou para serem utilizadas como parâmetros para a análise da norma positiva.

⁷⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 988.334 - RO (2007/0220353-6). Serviço de telefonia. Cobrança de "assinatura básica residencial". Ação anulatória c/c repetição de indébito. *Decisão monocrática*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, mar. 2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 dez. 2013.

⁷¹⁰ A jurisprudência teve a sua importância reforçada por ocasião da denominada Reforma Constitucional do Poder Judiciário, com a instituição da Súmula Vinculante, prevista no artigo 103-A da Constituição Brasileira: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei". (...). (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

Assim, a teoria das fontes do direito, da forma como foi tradicionalmente concebida, necessita ser revista. Nesse sentido, é com razão que Antônio Castanheira Neves afirma que é irrecusável a inclusão da jurisprudência em sentido amplo no quadro das fontes do direito e de que “a nível especificamente normativo, tenham-se apenas presente o tema e autonomização decisiva dos princípios, para além das normas e a instituírem no sistema jurídico um sentido axiológico-normativamente fundamentante e constitutivo”⁷¹¹.

A teoria das fontes do direito, para Tercio Sampaio Ferraz Jr., “reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana”⁷¹². Assim, é compreensível que a utilização da jurisprudência e a adoção dos princípios jurídicos (hoje positivados nas constituições modernas como a brasileira) desempenham um papel relevante na construção do direito contemporâneo, direito esse concebido conforme o pensamento de Antonio Castanheira Neves: “O direito se afirma como uma dimensão autónoma, na sua especificidade intencional e constitutiva, da nossa realidade prática. Mas compreenda-se – não se trata já de uma autonomia normativística, é antes uma autonomia axiológico-normativa que se dinamiza reflexivamente num contínuo diálogo problemático-judicativo com a prática dos casos decididos”⁷¹³.

É nesse contexto, de considerar o direito em permanente construção e os princípios como fonte informadora dessa construção, que a cláusula de abertura constitucional se reveste de relevância ao apontar que são também direitos fundamentais aqueles, como o direito de acesso à água potável, direitos oriundos de outras fontes que não a própria constituição. Nesse sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros, ao comentarem a cláusula aberta ou de não tipicidade prevista no artigo 16º, nº1, da Constituição da República

⁷¹¹ NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito Hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 60.

⁷¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: ATLAS, 2003, p. 223.

⁷¹³ NEVES, 2002, p. 61..

Portuguesa⁷¹⁴, ponderam: “Não se trata, obviamente, de elevar a direitos fundamentais todos os direitos provenientes de outras fontes. Trata-se apenas de, entre estes, reconhecer alguns que, pela sua fundamentalidade, pela sua natureza análoga (cfr artigo 17º) ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem ao nível da Constituição material”⁷¹⁵.

A cláusula de abertura constitucional⁷¹⁶ prevista na Constituição Brasileira, no art. 5º, § 2º⁷¹⁷, apresenta texto diferente, mas com conteúdo similar a diversas constituições⁷¹⁸, sempre tendo como eixo a definição de que “a enunciação de direitos contidos na Constituição não deve ser entendida como negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente nela”⁷¹⁹. Portanto, a cláusula de abertura constitucional é formalmente o instrumento de reconhecimento de outros direitos fundamentais, materialmente fundamentais, que derivam de outras fontes.

No capítulo 4 foram analisadas as várias possibilidades de reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável a partir da cláusula de abertura constitucional. Das diversas hipóteses lá abordadas⁷²⁰ destacam-se aquelas que apresentam como “fontes do direito” os princípios

⁷¹⁴ Constituição da República Portuguesa, artigo 16º, nº 1: Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013).

⁷¹⁵ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 138.

⁷¹⁶ Cláusula de abertura constitucional é também denominada de Princípio da inesgotabilidade dos direitos fundamentais (PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 58).

⁷¹⁷ Art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁷¹⁸ Inclusive à Constituição da República Portuguesa.

⁷¹⁹ NIKKEN, Pedro. “*El Concepto de Derechos Humanos*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), “Antología Básica en Derechos Humanos”, San José Costa Rica : ed. IIDH, 1994, p. 18.

⁷²⁰ A fundamentalidade desse direito decorre da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, do sistema de direitos fundamentais, do regime democrático e dos princípios constitucionais e também decorre da internalização dos tratados de direitos humanos.

constitucionais. É exatamente na indicação de princípios constitucionais como fonte que alguns julgados dos tribunais brasileiros reconhecem a fundamentalidade do direito de acesso à água potável.

Um exemplo, que convém ser referido, é o Acórdão Agravo de Instrumento nº 70055531024⁷²¹, que reconhece como fonte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2013, reconheceu o fornecimento de água como serviço público essencial e decidiu pela procedência de Agravo de Instrumento contra decisão que havia negado o pedido liminar de abastecimento de água, tal decisão foi tomada pelo juiz do local dos fatos sob o fundamento de que a residência da autora está localizada em loteamento irregular.

Portanto, o reconhecimento do direito de acesso à água potável ocorreu a partir da justificativa de conexão do direito à saúde e do direito à vida com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, observa-se que, a partir da teoria dos princípios e do método dedutivo é possível justificar a origem de um novo direito fundamental: parte-se de um direito mais geral para chegar à identificação de um direito especial, ou seja, do direito geral (direito fundamental à vida com dignidade e saúde) configurado no texto constitucional pelos dispositivos do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III), do direito à vida (art. 5º) e do direito à saúde (art. 6º), num processo dedutivo, identifica-se um direito especial: o direito fundamental de acesso à água potável.

Ao justificar a origem de um novo direito fundamental é necessário considerar o alerta efetuado por Jorge Miranda de que “a abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do

⁷²¹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento provido. Agravo de Instrumento n.º 70055531024. Agravante: Carina Barcarol. Agravado: CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Rio Grande do Sul, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02 out. 2013.

nosso tempo”⁷²². Nesse sentido, o direito de acesso à água potável, indubitavelmente, surge do sistema constitucional, pela conjugação com outros direitos fundamentais formais e por decorrência de princípios constitucionais.

O método dedutivo, empregado para apontar como fonte dos novos direitos fundamentais determinados direitos gerais ou princípios constitucionais, também foi utilizado em um caso conhecidíssimo do meio jurídico brasileiro: que é o reconhecimento do direito ao sigilo bancário como um direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Nesse caso, julgado em 1992⁷²³, o Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou o entendimento de que o sigilo bancário é uma das expressões, ou uma das projeções realizadoras, do direito fundamental à privacidade ou intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição. Essa jurisprudência expressou que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra. Portanto, parte de um direito mais geral (direito fundamental à privacidade) para deduzir um direito especial (direito ao sigilo bancário)⁷²⁴.

O contrário também pode ocorrer, pelo método indutivo, direitos fundamentais específicos podem induzir o reconhecimento de um direito fundamental geral. Como exemplo é possível citar a tese defendida por Vasco Pereira da Silva⁷²⁵ referente ao direito à cultura. Vasco Pereira da Silva parte de múltiplos direitos no âmbito cultural, como os direitos fundamentais de criação cultural, de fruição cultural, de participação cultural, de autor e de fruição do patrimônio cultural, para os reconduzir a uma posição jurídica subjetiva unitária, consagrando o direito fundamental à cultura. Dessa forma, o autor obtém uma conclusão geral de que há um direito fundamental geral à

⁷²² MIRANDA, Jorge. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 568.

⁷²³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Pet 577 /DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Decisão de 25 de março de 1992. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 dez. 2013.

⁷²⁴ Outro caso em que é referida a tese de que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 219780/PE. Relator Ministro Carlos Velloso. Decisão de 13 de abril de 1999. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 dez. 2013.

⁷²⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

cultura a partir das premissas específicas (consubstanciadas em alguns direitos fundamentais relacionados à cultura) expressas no texto da Constituição da República Portuguesa. Portanto, da confluência de direitos fundamentais específicos positivados na Constituição se identifica (pelo processo de indução) um direito fundamental geral que é o direito à cultura.

No direito de acesso à água potável se verifica, de forma inversa, que é a partir de um direito fundamental geral como o direito ao meio ambiente, ou a partir de princípios constitucionais gerais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se reconhece ou se identifica um novo direito fundamental.

Portanto, esse novo direito fundamental, direito de acesso à água potável, que não está expresso no texto constitucional, mas estruturado em regras e princípios, é um direito que tem a sua fundamentalidade material reconhecida pelo próprio sistema constitucional dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura é o instrumento formal de reconhecimento das fontes desse novo direito. No próximo tópico, acompanhando a classificação e a terminologia adotada por Ingo Sarlet, o direito de acesso à água potável será analisado tanto na dimensão ou perspectiva jurídico-objetiva como na jurídico-subjetiva⁷²⁶.

5.1.3 Dimensões ou perspectivas: normas jurídico-objetivas e normas jurídico-subjetivas

Na perspectiva (dimensão) jurídico-objetiva os direitos fundamentais se apresentam como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Ingo Sarlet ressalta que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva “como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”⁷²⁷. No mesmo sentido,

⁷²⁶ Ingo Sarlet utiliza os termos dimensão e perspectiva. (SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012, p. 292 e seg.).

⁷²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 144.

Vieira de Andrade se refere a uma 'mais-valia' jurídica a "que se pode dar o nome de dimensão objetiva, que se manifesta, quer em sentido valorativo ou funcional, quer em sentido estrutural"⁷²⁸.

Daniel Sarmento relembra que no Estado Liberal cabia aos direitos fundamentais apenas a tarefa de proteger o homem do Estado, salvaguardando a autonomia individual, a equação dos demais problemas e conflitos que surgissem seria um encargo do 'mercado'. "De acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais eram essencialmente direitos de defesa oponíveis em face do Estado e a prestação devida por este consistia numa abstenção"⁷²⁹. Sarmento ressalta que "sem desmerecer a importância das conquistas do constitucionalismo liberal, o fato é que sob o manto da igualdade formal (...) vicejaram a miséria, a exclusão social e a opressão do mais fraco pelo mais forte".⁷³⁰ Assim, a reação exercida pelos movimentos contestatórios e reivindicatórios provocou um redimensionamento das funções do Estado, que passou a assumir uma série de novas tarefas e encargos. Em razão disso novos direitos fundamentais são positivados, prestações são definidas como de responsabilidade dos poderes públicos, com a finalidade de garantir condições materiais básicas, objetivando a promoção da igualdade material. Nesse contexto, "a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política".⁷³¹

Os direitos fundamentais, no atual Estado Pós-Social⁷³², funcionam como limites e, ao mesmo tempo, como diretrizes para a atuação dos poderes

⁷²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Ed., 2004, p. 142.

⁷²⁹ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

⁷³⁰ SARMENTO, 2003, p. 252.

⁷³¹ SARMENTO, 2003, p. 253.

⁷³² A denominação de Estado Pós-social é também utilizada por Vasco Pereira da (SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 87).

públicos. Nesse sentido, Pérez Luno⁷³³, ao lecionar sobre a passagem do modelo do Estado Liberal para o do Estado Social, afirma que os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para, se apresentarem como um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

O caso paradigmático, considerado por doutrinadores⁷³⁴ o marco essencial da consagração da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é o caso Luth⁷³⁵, cuja decisão proferida pela Corte Federal Constitucional alemã em 1958 reconheceu que os direitos fundamentais não se limitam a ser direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em toda a ordem jurídica.

O direito de acesso à água potável por ser um direito fundamental não expresso no rol dos direitos fundamentais do texto constitucional, um direito que é reconhecido como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional que equipara os direitos materialmente fundamentais aos direitos formalmente fundamentais, pode ser analisado na sua dimensão ou perspectiva objetiva, de forma indireta, por meio de normas que estão expressas em outras partes do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais que regulam o direito de acesso.

⁷³³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2007, p.21.

⁷³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 143; SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.261; BIAGI, Claudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 37-8. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011;

⁷³⁵ Erich Luth era crítico de cinema e conclamou os alemães a boicotarem um filme, dirigido por Harlam, conhecido diretor da época do nazismo (filmes de discriminação contra os judeus). Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação contra Luth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Luth foi condenado e recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública. Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares, a chamada eficácia horizontal.

Para Ingo Sarlet, uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais é a constatação de que esses direitos reconhecidos pela Constituição como fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”⁷³⁶

Nesse sentido, reveste-se de importância para a comunidade o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que se relaciona com a garantia de acesso à água potável. Na Constituição Federal de 1988 poucos dispositivos têm uma vinculação com a obrigação dos órgãos públicos de garantir o acesso à água potável. O Art. 23, inciso IX⁷³⁷ define que é comum a competência dos entes federativos (Municípios, Estados, Distrito Federal e União) para promover programas de melhoria das condições de saneamento básico (abastecimento de água potável⁷³⁸). Portanto, a Constituição Brasileira institui para todos os entes federativos a tarefa ou o encargo de dar efetividade ao direito fundamental de acesso à água potável⁷³⁹. Essa regra constitucional vai muito além de uma simples regra de divisão de competência, ela é a expressão da dimensão (perspectiva) objetiva de um direito materialmente fundamental.

Outro dispositivo consagra a dimensão ou perspectiva objetiva do direito fundamental de acesso à água potável é o Art. 30, inciso V da

⁷³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

⁷³⁷ Art. 23, inciso IX da Constituição Federal. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁷³⁸ Relembrando que a definição de saneamento básico compreende os serviços de abastecimento de água potável.

⁷³⁹ É preciso ressaltar que a Jurisprudência do STF é no sentido de não reconhecer a competência dos Estados para legislar sobre políticas públicas voltadas à garantia do direito de acesso à água potável, conforme decisão do caso analisado no último tópico desse capítulo (processo ADI nº 2.337 MC/SC, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 21 de junho de 2002).

Constituição Brasileira⁷⁴⁰, que estabelece a competência dos municípios para organizar e prestar os serviços públicos de abastecimento. Este dispositivo constitucional, além de comportar regra relacionada à divisão de competências entre os entes federativos do Estado Brasileiro, determina de forma explícita que cabe aos municípios a tarefa fundamental de organizar e prestar direta ou indiretamente os serviços públicos essenciais de interesse local, incluindo-se, obviamente, os serviços de abastecimento de água potável, por ser esse serviço essencial e de, sem restar a menor dúvida, tratar-se de um serviço de interesse local.

A Lei nº 11.445/2007⁷⁴¹ é a principal norma da legislação brasileira a estipular as regras de atuação do Estado quanto aos serviços públicos de abastecimento, regulamentando os dispositivos constitucionais que consagram a dimensão ou perspectiva objetiva do direito fundamental de acesso à água potável. Nessa norma, também denominada de Lei do Saneamento Básico, está definido que os planos de saneamento básico, ou eventuais planos específicos dos serviços de abastecimento de água, poderão ser elaborados mediante apoio técnico ou financeiro prestado por entes da Federação, pelos prestadores dos serviços ou por instituições universitárias ou de pesquisa científica, garantida a participação das comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. Os planos deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos e serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos e, ainda, conforme prevê o § 6º, do artigo 25 do Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010⁷⁴² (Decreto Presidencial que regulamenta a Lei nº 11.445/2007), deverão identificar as situações em que não haja capacidade de pagamento dos usuários e indicar solução para atingir as metas de universalização.

⁷⁴⁰ Art. 30, inciso V da Constituição Federal. “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

⁷⁴¹ BRASIL. *Lei 11.445/2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em 25 nov. 2013.

⁷⁴² BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em 25 nov. 2013.

Há, também, a definição de que a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União serão feitos observando a diretriz de prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico, tudo de acordo com os planos de saneamento básico e observando, dentre vários condicionantes, o disposto no § 1º, do Art. 50 da Lei nº 11.445/2007, de que “será dada prioridade às ações e empreendimentos que visem ao atendimento de usuários ou Municípios que não tenham capacidade de pagamento compatível com a autossustentação econômico-financeira dos serviços, (...)”⁷⁴³.

Quanto aos aspectos econômicos e financeiros dos serviços de abastecimento, o Art. 47 do Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010, dispõe que a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços poderá levar em consideração a capacidade de pagamento dos consumidores e, ainda, a quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente.

Portanto, esse conjunto de regras são tarefas ou imposições aos órgãos públicos de certas prestações que consagram valores importantes para a comunidade e fins diretivos de concretização do direito fundamental de acesso à água potável.

A doutrina constitucional se refere à perspectiva (dimensão) objetiva dos direitos fundamentais em contextos e com alcances variados, destacando-se: o seu efeito de irradiação para toda a ordem jurídica; a eficácia externa ou horizontal dos direitos; os deveres de proteção do Estado contra terceiros e as normas de direito organizatório e de direito procedimental.

No que diz respeito ao efeito de irradiação para toda a ordem jurídica, Daniel Sarmiento, denominando de eficácia irradiante, atribui a essa uma das mais importantes consequências da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, esclarecendo que “significa que os valores que dão lastro aos

⁷⁴³ Art. 50, § 1º da Lei 11.445/2007 (BRASIL. *Lei 11.445/2007*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em 25 nov. 2013).

direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário”⁷⁴⁴.

Portanto, é na dimensão ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que se fundamenta o efeito irradiante desses direitos sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais. Aflora, assim, a necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais. “A eficácia irradiante obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais”⁷⁴⁵.

Ligado a esse efeito (eficácia) irradiante, está o tema da eficácia externa ou horizontal dos direitos, ou seja, a ideia de irradiarem efeitos também nas relações privadas. “A ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais”⁷⁴⁶.

Em relação aos deveres de proteção do Estado contra terceiros, essa questão diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção do Estado, quanto à incumbência de “zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados”⁷⁴⁷.

No tocante às normas de direito organizatório e de direito procedimental, Jose Carlos Vieira de Andrade afirma que “são numerosos os direitos fundamentais consagrados na Constituição cuja concretização e cujo

⁷⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 279.

⁷⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434.

⁷⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148.

⁷⁴⁷ SARLET, 2010, p. 148-9.

exercício pelos respectivos titulares depende de um procedimento e pressupõe uma organização”⁷⁴⁸. Assim, os direitos fundamentais têm uma relação intensa e de diferentes modos com regras organizatórias e procedimentais. Há alguns desses direitos que são dependentes de um procedimento, e o exercício individual do direito somente é possível por meio de uma organização e segundo um procedimento; como exemplos, comumente são citados os direitos de votar e o de acesso à justiça, ambos implicam normas procedimentais e organizações administrativas e judiciais. É preciso acrescentar que os direitos fundamentais não expressos no texto constitucional, mas reconhecidos pela clausula de abertura como fundamentais, como o direito de acesso à água potável, também depende de normas procedimentais e organizacionais para ser concretizado.

Sinteticamente, é possível concluir que a dimensão ou perspectiva jurídico-objetiva retrata a seguinte condição: se o Estado foi constituído para proporcionar uma convivência possível, por conseguinte, realizar o bem comum, é perfeitamente compreensível que os poderes públicos atuem no sentido de sempre proteger e concretizar os bens e valores mais importantes para a sociedade que estão consagrados nos direitos formal e materialmente ou só materialmente fundamentais. Portanto, entendo que o Estado tem o dever de concretização e realização do conteúdo dos direitos fundamentais, notadamente, do direito de acesso à água potável.

Na dimensão ou perspectiva jurídico-subjetiva, os direitos fundamentais se apresentam como direitos subjetivos essenciais à proteção da pessoa humana. A perspectiva subjetiva é a de maior realce dos direitos fundamentais. Esses direitos são vistos como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades e, também, como prestações exigíveis do Estado. Assim, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos aos seus titulares, permitindo que esses exijam comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários, seja o Estado ou particulares.

⁷⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 151.

Ao observar a evolução doutrinária do tema, Ingo Sarlet⁷⁴⁹, acertadamente, rejeita a utilização da expressão ‘direito público subjetivo’⁷⁵⁰, por considerar objeto de uma concepção que se radica no positivismo e liberalismo do século XIX. Por outro lado, face aos múltiplos sentidos atribuídos à expressão direito subjetivo, o renomado jurista efetua algumas considerações, em sentido amplo e compatível com o sistema constitucional brasileiro, sobre a noção de direito subjetivo, apontando ser essa essencial para o direito e para os direitos fundamentais, enfatizando que “a própria noção de direitos fundamentais, desde a sua origem, esteve atrelada, ainda que nem sempre da mesma forma, pelos mesmos fundamentos, à noção de direitos subjetivos atribuídos ao indivíduo”⁷⁵¹.

Os direitos fundamentais, na qualidade de direitos subjetivos, são reconhecidos como posições jurídicas complexas que podem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes com acentuado grau de exigibilidade. Portanto, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, aqueles conhecidos pela alta subjetividade, mas também é possível considerar todos os direitos fundamentais cujos titulares têm a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados.

O direito de acesso à água potável, na sua dimensão (perspectiva) subjetiva, comporta uma atuação de cada um de seus titulares no sentido de exigir judicialmente o objeto tutelado, ou seja, o acesso ao bem fundamental água potável.

Não resta dúvida de que uma norma, quando confere direitos subjetivos, tem importância prática, sobretudo sob o aspecto processual, no entanto, com razão indaga Alexy⁷⁵² que é preciso saber quando uma norma jurídica confere direitos subjetivos. Tratando-se do direito de acesso à água potável, cuja norma que expressa o direito não está diretamente positivada no

⁷⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012, p. 293.

⁷⁵⁰ Jorge Miranda desaconselha o emprego da expressão como sinônimo de ‘direitos fundamentais’ (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 58).

⁷⁵¹ SARLET, 2012, p. 292.

⁷⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 182.

texto constitucional, mas é decorrente de outro direito fundamental ou de princípios constitucionais, o reconhecimento da existência de direitos subjetivos, inclusive judicializáveis, é facilmente constatado pela análise global do ordenamento jurídico brasileiro.

A possibilidade de judicializar um direito subjetivo ocorre quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário (obrigado), a faculdade de exigir algo ou a prática de um ato; da mesma forma, o destinatário tem, perante o titular, o dever de providenciar algo ou de praticar o ato. Por conseguinte, conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho, “O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito.”⁷⁵³

Essa relação trilateral poderá ser observada quanto ao direito de acesso à água potável, quando esse direito fundamental é exigido pelo seu titular, tendo como destinatários o Estado ou particulares, sendo que esses devem se abster de impedir o acesso à água potável ou, em outras situações, os destinatários (empresas concessionárias ou permissionárias) têm a obrigação de fornecer água potável aos titulares desse direito, inclusive nas situações em que esses estejam vulneráveis economicamente.

Essa obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de abastecimento de fornecer água potável para as pessoas carentes, titulares desse direito fundamental, pode ser observada em alguns julgados dos tribunais brasileiros, como pode ser verificado no caso⁷⁵⁴ julgado em 2003, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no caso⁷⁵⁵ de 2010 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP).

⁷⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 1254.

⁷⁵⁴ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Reexame Necessário Manutenção de Sentença. Reexame Necessário n.º 70006088355. Impetrante: Ione Marques Aloy. Impetrado: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Relator: Des. Augusto Otávio Stern. Rio Grande do Sul, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2013.

⁷⁵⁵ ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação provida parcialmente. Apelação com Revisão n.º 990.10.133509-3. Apelante: Joice Barbosa de Almeida. Apelado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, set. 2010. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

Portanto, nesses dois casos da jurisprudência brasileira aparece com clareza a relação trilateral, citada por Jose Joaquim Gomes Canotilho⁷⁵⁶, entre o titular, o destinatário e o objecto do direito. Há um direito subjetivo (direito fundamental de acesso à água potável) que é exigido judicialmente pelo seu titular (autores das ações judiciais) contra os destinatários da norma (empresas concessionárias dos serviços de abastecimento).

Quanto ao objeto de um direito subjetivo fundamental, é preciso esclarecer, em sentido amplo, que para o titular abre-se um leque de possibilidades, todas condicionadas à conformação concreta da norma consagradora do direito fundamental. É possível afirmar que as variações concernentes ao objeto do direito subjetivo estão vinculados a três fatores. O primeiro fator é que o espaço de liberdade do indivíduo não se encontra garantido de maneira uniforme; o segundo, refere-se a existência de inequívocas distinções quanto ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados; por fim, o terceiro fator é de que os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, com direitos, liberdades, pretensões e poderes de natureza diversa e, ainda, pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários (Estado e particulares)⁷⁵⁷.

No que diz respeito à definição de normas jurídico-subjetivas, José Carlos Vieira de Andrade, ao citar características essenciais do conceito de direito subjetivo fundamental, parte da idéia de que “direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”⁷⁵⁸.

Quanto à titularidade, Canotilho⁷⁵⁹ e Ingo Sarlet⁷⁶⁰ vislumbram a existência de direito fundamental subjetivo também para entes coletivos. Canotilho cita os exemplos da Constituição Portuguesa que reconhece direitos

⁷⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 1254.

⁷⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 152-153.

⁷⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 118-119.

⁷⁵⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1257.

⁷⁶⁰ SARLET, 2010, p. 154-155.

fundamentais às formações sociais como partidos e sindicatos. Ingo Sarlet enfatiza que a Constituição Brasileira atribui a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, em última análise, gravitam em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.

Um exemplo de titularidade plurissubjetiva, representada por uma pessoa jurídica, constata-se no caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), processo REsp nº 691.516/RS⁷⁶¹, julgado em 11.10.2005, em que um estabelecimento de saúde, impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, contra ato do Presidente do Departamento Municipal de Água e Esgoto – DMAE de Porto Alegre, objetivando fosse suspensa a determinação de corte no fornecimento de água às suas instalações por falta de pagamento⁷⁶².

Finalmente, cumpre citar as possibilidades ligadas à noção de direito fundamental na condição de direito subjetivo, formuladas por Ingo Sarlet⁷⁶³ a partir da proposta de Robert Alexy⁷⁶⁴. Trata-se de um verdadeiro ‘sistema de posições jurídicas fundamentais’, compatível com o sistema constitucional positivo brasileiro, baseado em três posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo. A primeira posição é a de ‘direitos a qualquer coisa’, ou de ‘direitos a algo’, compreendendo os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações. A segunda posição é a de ‘liberdades’ que significa negação de exigências e proibições. A última posição é a de ‘poderes’, englobando competências e autorizações ou permissões.

⁷⁶¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora. REsp nº 691.516 – RS. Recorrente: Clínica de Enfermagem Geriátrica Ltda. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos de Porto Alegre – DMAE. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, out. 2005. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

⁷⁶² Quando esse caso foi apreciado pelo STJ foi decidido pela legalidade do corte de fornecimento de água. No entanto, o Ministro Relator Luiz Fux, manifestou posição inconformada com tal entendimento sobre a questão do corte no fornecimento de serviço público essencial, ressaltando que: “Destacada minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos, submeto-me à jurisprudência da Seção”.

⁷⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153.

⁷⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 193-248.

Portanto, entendo que a dimensão ou perspectiva jurídico-subjetiva do direito fundamental de acesso à água potável expressa a permissão para que seus titulares exijam comportamentos negativos ou positivos dos destinatários, seja o Estado ou particulares, sobressaindo as diferenciadas funções que exercem os direitos fundamentais, tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações (assunto do próximo tópico).

5.2 As funções do direito fundamental de acesso à água potável

Antes de verificar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, tanto na função de direito de defesa (tópico 5.2.1) como na de direito a prestações (tópico 5.2.2), para no final abordar as funções do direito fundamental de acesso à água potável (tópico 5.2.3), é imprescindível referir-se à classificação adotada por Georg Jellinek⁷⁶⁵ quanto às posições jurídicas diferenciadas do indivíduo perante o Estado. Nesse sentido, é com razão que Jorge Miranda afirma: “Sem embargo das reservas que registámos à doutrina dos direitos subjectivos públicos de Jellinek, justifica-se, pelo seu imenso interesse, considerar a classificação que ele apresenta”⁷⁶⁶. Da mesma forma, Ingo Sarlet registra que vale a pena utilizar, mesmo de forma contida, a classificação de Jellinek: “Pela importância que ainda hoje exerce esta original concepção e pela sua reconhecida relevância para a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais”⁷⁶⁷.

Para Georg Jellinek,⁷⁶⁸ nas relações entre o Estado e o indivíduo (cidadão) são observados quatro *status*, ou seja, o indivíduo, na condição de vinculado a determinado estado, encontra sua posição em relação a este calcada em quatro espécies de situações jurídicas, que o autor denomina de

⁷⁶⁵ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Edtrice Libreria, 1912.

⁷⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.87-88.

⁷⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 156.

⁷⁶⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Montevideo: Editora B de F, 2005.

‘*status*’⁷⁶⁹. Dessas quatro posições, três conferem direitos fundamentais e uma, dever fundamental⁷⁷⁰. Assim, os direitos fundamentais podem ser ‘negativos’, direitos de *status libertatis (negativus)*; ‘positivos’, direitos de *status civitatis*; e, ainda, os direitos de cidadania ativa, *status activus (activae civitatis)*.

No *status* passivo (*status subjectionis*) o indivíduo está subordinado aos poderes do estado, encontrando-se na condição de meramente detentor de deveres, com a vinculação dele ao estado por meio de mandamentos e proibições. Nessa posição o indivíduo não figura como detentor de direitos fundamentais e somente como detentor de deveres fundamentais.

No *status libertatis*⁷⁷¹ (*status* negativo) o Estado não interfere na esfera de atuação do indivíduo, sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal. Portanto, o membro do Estado tem reconhecida uma posição em que é senhor absoluto, uma esfera livre do Estado, uma esfera da liberdade individual, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação mediante a livre atividade do indivíduo. Robert Alexy⁷⁷² entende que o *status libertatis* não tem a exata correspondência com o que se entende sejam, na atualidade, os direitos fundamentais de defesa.

No *status civitatis*⁷⁷³ (*status* positivo) o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, garantindo, assim, ao indivíduo pretensões positivas. Todas as atividades do Estado são desenvolvidas no interesse dos seus indivíduos, conseqüentemente, o Estado, ao realizar suas tarefas, reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder público atue em seu favor. Robert Alexy esclarece que “o Estado confere ao indivíduo o ‘status cívico’ quando (1) lhe garante ‘pretensões à sua atividade’ e (2) cria meios jurídicos

⁷⁶⁹ *Status* significa: “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo” (ALEXY, 2008, p. 255).

⁷⁷⁰ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Edtrice Libreria, 1912, p. 92 et seq.

⁷⁷¹ JELLINEK, 1912, p. 105 et seq.

⁷⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 258-262.

⁷⁷³ JELLINEK, 1912, p. 127 et seq.

para a realização desse fim”⁷⁷⁴. Para Jorge Miranda decorrem do *status civitatis* os denominados direitos cívicos, “os quais têm por objeto prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto no interesse dos súbditos”⁷⁷⁵.

No *status activus* ou *activae civitatis*⁷⁷⁶ (*status* ativo) o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado. O indivíduo interfere na vontade do Estado por meio dos chamados direitos políticos. “Essa categoria de direitos oferece a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa”⁷⁷⁷ Pela constatação de que a atividade do Estado só se torna possível por meio da ação de indivíduos é compreensível a situação jurídica do indivíduo (*status* ativo) quando da participação no exercício do poder político, seja ao votar ou ao representar os demais quando votado.

Resumidamente, no *status* passivo o indivíduo tem deveres e obrigações frente ao Estado; no *status* negativo o indivíduo tem a faculdade de agir sem a interferência do Estado; no *status* positivo o indivíduo tem direito a algo; no *status* ativo o indivíduo interfere na vontade do Estado.

Além das posições jurídicas diferenciadas do indivíduo perante o Estado, formuladas por Jellinek, há outras classificações, sendo que algumas dessas partem da teoria dos quatro *status* de Jellinek, com críticas a essa teoria ou com o acréscimo de outros *status*.⁷⁷⁸ Como exemplo é possível citar o *status activus processualis* de Peter Häberle⁷⁷⁹ que consiste na posição que deve adotar cada cidadão objetivando tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam para possibilitar a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

⁷⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 264.

⁷⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 89.

⁷⁷⁶ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Edtrice Libreria, 1912, p. 151 et seq.

⁷⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

⁷⁷⁸ Outros *status*: *status constituents*, de Erhard Denninger; *status* geral civil-estatal, de Konrad Hesse; *status libertatis*, de Eberhard Grabitz (ALEXY, p. 254-255).

⁷⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Trotta, 1998.

Para efetuar a classificação das funções dos direitos fundamentais, alguns autores⁷⁸⁰ têm preferência por uma classificação que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa, por um lado, e direitos a prestações, por outro. Outros autores⁷⁸¹ preferem adotar, sem grandes alterações, a teoria de Jellinek⁷⁸² referente aos direitos fundamentais resultantes da relação jurídica de direito público havida entre Estado e indivíduo. Há, também, aqueles que adotam classificações especiais, como José Joaquim Gomes Canotilho que divide em quatro funções: 1) função de defesa ou de liberdade; 2) função de prestação social; 3) função de proteção perante terceiros e; 4) função de não discriminação.

A classificação a ser abordada, sinteticamente, neste trabalho é aquela que evidencia ser compatível com a sistematização dos direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e que proporciona a compreensão da análise da fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Essa classificação é a que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações. Tal divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos é a adotada por Ingo Sarlet⁷⁸³, à qual estão incorporados alguns elementos das classificações elaboradas ou defendidas por Robert Alexy⁷⁸⁴. Nessa classificação é observado o critério funcional dos direitos fundamentais, assim como aspectos relevantes da teoria de Georg Jellinek, que para Ingo Sarlet é onde se pode “encontrar uma das vertentes mais férteis para a

⁷⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162-207; QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais* (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.70, FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 62-75.

⁷⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, 2011, p. 62. É necessário acrescentar que para esses autores o esquema tripartista de Jellinek não abrange todas as formas de direitos fundamentais que são encontrados nas Constituições contemporâneas.

⁷⁸² JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Edtrice Libreria, 1912, p. 105 et seq.

⁷⁸³ SARLET, 2010, p. 162-207.

⁷⁸⁴ Robert Alexy propõe uma classificação em três grupos: liberdades; direitos a algo e; competencias (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 193 et seq.).

obtenção de uma proposta classificatória cientificamente resistente, além de constitucionalmente adequada”⁷⁸⁵.

5.2.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

Os direitos fundamentais como direitos de defesa exercem funções de defesa do indivíduo contra o poder imperial do Estado, para evitar ingerências na sua liberdade pessoal. No princípio, quando da fixação de alguns direitos como fundamentais, nas primeiras constituições, os direitos que foram alçados a essa condição eram aqueles considerados, naquele contexto, os mais importantes, aqueles que deveriam ficar de fora da esfera de controle do Estado e, assim, as liberdades individuais e o direito de propriedade foram os precursores do que hoje é denominado direito de defesa.

Os direitos de defesa têm por finalidade precípua a limitação do poder estatal, para propiciar ao indivíduo um âmbito de atuação no qual prepondere a liberdade e seja assegurado um direito subjetivo que lhe garanta a não interferência em sua autonomia pessoal, bens ou posições jurídicas constitucionalmente fixadas.

Em caso de interferência ilegítima dos poderes públicos na esfera de liberdade individual, segundo rol elaborado por Gilmar Mendes, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma pretensão de: 1) abstenção; 2) de revogação; 3) de anulação; 4) de consideração, que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações e 5) pretensão de defesa ou de proteção, que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros⁷⁸⁶.

Para José Carlos Vieira de Andrade os direitos de defesa, que o autor também denomina de ‘direitos de impedir’, são aqueles que implicam um dever de abstenção por parte do Estado, ou seja, um dever de não interferência ou de não intromissão, portanto, abstenção de agir para resguardar um espaço de

⁷⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162.

⁷⁸⁶ MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 3.

autodeterminação individual. Por fim, ainda, “Dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual”⁷⁸⁷.

Numa clássica divisão, elaborada por José Joaquim Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”⁷⁸⁸.

Todas essas definições e considerações sobre o significado dos direitos fundamentais de defesa são plenamente compreendidos quando se identifica quais são os direitos fundamentais que efetivamente integram esse grande grupo. Inicialmente, é necessário citar os tradicionais direitos de liberdade, sendo que, dentre as liberdades fundamentais, é possível indicar os seguintes exemplos: de locomoção, de expressão, de consciência, de reunião, de associação, de religião e tantos outros. É preciso acrescentar aqueles relacionados à eficácia privada (contra terceiros) dos direitos fundamentais e aqueles que sintetizam novas manifestações dos direitos de defesa como os relacionados à manipulação genética, transplantes, células tronco, novas tecnologias, novas formas de comunicação em rede, à liberdade de informática e outras. Por fim, quanto à inclusão dos direitos de igualdade no grupo dos direitos de defesa, na opinião de Ingo Sarlet, acompanhando a lição de Michael Sachs, “justifica-se na medida em que garantem a proteção de uma esfera de igualdade pessoal, no sentido de que o indivíduo, em princípio, não pode ser exposto a ingerências causadas por tratamento discriminatório (desigual),

⁷⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 178.

⁷⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 408.

gerando, em consequência, um direito subjetivo de defesa contra toda e qualquer agressão ao princípio da igualdade”⁷⁸⁹.

Arrolar os direitos fundamentais de defesa na categoria do *status libertatis* de Jellinek é o que faz Luiz Fernando Calil de Freitas⁷⁹⁰, amparado nas lições de respeitáveis juristas⁷⁹¹, com a justificativa de que a dimensão de defesa dos direitos fundamentais encerra aquele elenco de direitos que tem como objetivo proteger a pessoa enquanto tal, singular e individualmente considerada nos atributos formadores de sua personalidade.

Em aprofundado estudo sobre os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 e a sua classificação funcional em um dos dois grandes grupos, Ingo Sarlet⁷⁹² enquadra a maior parte dos direitos da cidadania (direitos políticos e direitos de nacionalidade), das garantias fundamentais e, inclusive parte dos direitos sociais no âmbito dos direitos de defesa.

Os direitos da cidadania, a maior parte daqueles direitos fundamentais agrupados nos Capítulos III, IV e V da Constituição Brasileira⁷⁹³, diferente da classificação adotada por outras constituições⁷⁹⁴, abrangem os chamados direitos políticos e os direitos de nacionalidade, podem ser reconduzidos à posição caracterizada por Jellinek como de *status activus* ou *activae civitatis* e ressalvada a dimensão prestacional desses direitos, verifica-se que boa parte deles exerce função peculiar aos direitos de defesa. Os direitos de nacionalidade regulam os pressupostos que o indivíduo deve preencher para ter ou obter a nacionalidade brasileira (vínculo entre a pessoa e o Estado). Já os direitos políticos, direito de sufrágio (votar e ser votado) são ainda mais restritos porque pressupõem a nacionalidade brasileira.

⁷⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 169.

⁷⁹⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 63.

⁷⁹¹ Jorge Miranda, Perez Luño, Canotilho e Moreira.

⁷⁹² SARLET, 2010, p. 170 et. seq.

⁷⁹³ Capítulo III: normas sobre nacionalidade, Capítulo IV: direitos políticos, Capítulo V: partidos políticos.

⁷⁹⁴ A Constituição Portuguesa de 1976 abrigou as normas sobre nacionalidade (art. 4º) e as regras gerais sobre o direito de sufrágio (art. 10/1) no título dos princípios fundamentais da constituição.

Acertadamente Ingo Sarlet⁷⁹⁵ utiliza o critério da função preponderante para enquadrar direitos políticos (como exemplo o direito ao sufrágio) no grupo funcional dos direitos de defesa⁷⁹⁶. No entanto, esses mesmos direitos são enquadrados por outros autores, como Robert Alexy⁷⁹⁷ no âmbito dos direitos prestacionais, entre os direitos à participação na organização e procedimento, mais especificamente nos direitos de formação da vontade estatal. Por outro lado, há também quem defenda uma terceira posição como a de que os direitos políticos, na condição de direitos de participação dos cidadãos na vida política, possuem natureza mista de direitos de defesa e direitos a prestações⁷⁹⁸.

Quanto às garantias institucionais⁷⁹⁹ cabe aplicar, também, o critério da função preponderante para classificá-las, considerando que, assim como os direitos fundamentais, elas também apresentam uma dupla função defensiva e prestacional. A função precípua daquelas garantias institucionais que estão elencadas na Constituição Brasileira⁸⁰⁰ (como a herança, família, tribunal do júri, autonomia universitária, partidos políticos, seguridade social, etc.) “é a de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador, o que ressalta sua dimensão ao menos preponderantemente defensiva, isto é, destinada a bloquear ingerências dos poderes públicos”⁸⁰¹.

No tocante aos direitos individuais e coletivos previstos nos 78 incisos do art. 5º da Constituição Brasileira e aos direitos fundamentais sociais, num

⁷⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 177.

⁷⁹⁶ Uma exceção apresentada por Ingo Sarlet (2010, p. 177) de direito político que é tipicamente um direito prestacional é o referido no Art. 17, § 3º, da Constituição Brasileira que prevê aos partidos políticos o acesso a recursos do fundo partidário e ao uso gratuito dos meios de comunicação.

⁷⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 498-499.

⁷⁹⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1996, p. 92.

⁷⁹⁹ Não é diferente o que ocorre com os denominados direitos-garantia que estão expressos na maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da Constituição Federal, incisos correspondentes à matéria penal, processual penal, processual em geral e ações constitucionais ou remédios constitucionais).

⁸⁰⁰ Instituições indicadas e os correspondentes dispositivos da Constituição de 1988: herança (art. 5º, inciso, XXX), família (art. 226), tribunal do júri (art. 5º, inciso, XXXVIII), autonomia universitária (art. 207), partidos políticos (art. 17, caput e § 1º), seguridade social (art. 194).

⁸⁰¹ SARLET, 2010, p. 184.

sentido amplo, abrangendo direitos à saúde, educação, assistência social, moradia, trabalho, greve, direitos dos trabalhadores, etc., a classificação não segue a lógica de os direitos individuais pertencerem ao grupo dos direitos de defesa e os direitos sociais ao grupo dos direitos a prestações. No artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil predominam os clássicos direitos de liberdade, que exercem primordialmente a função de direitos de defesa, no entanto, há dispositivo que se enquadra como típico direito prestacional (art. 5º, inciso XXXV, que dispõe sobre o direito de acesso à Justiça). A mesma complexidade é verificada quanto aos direitos sociais que apresentam tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais quanto defensiva, a exemplo do direito social à moradia que gera direito subjetivo de impugnação de atos quando se afasta a penhora do imóvel em processos judiciais de execução. Para Ingo Sarlet parte considerável dos direitos constitucionais trabalhistas são direitos de defesa: “verifica-se que boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos artigos 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”⁸⁰².

Ressalte-se que é desnecessário fazer a distinção entre direitos individuais e coletivos, no entanto é importante frisar que os direitos de liberdade, ainda que sejam direitos individuais, não se identificam automaticamente com estes, assim como “é equivocada a concepção que identifica os direitos sociais com os direitos coletivos ou institucionais, na medida em que todos os direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual, sendo assim – da mesma forma que os direitos de liberdade – direitos de titularidade individual”⁸⁰³.

⁸⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, P. 174.

⁸⁰³ SARLET, 2010, P. 173.

Cabe, ainda, fazer referências à classificação apresentada por Luiz Fernando Calil de Freitas⁸⁰⁴, fundada nas lições de Robert Alexy⁸⁰⁵, subdividindo os direitos de defesa em três grupos. O primeiro é denominado de ‘direitos a não-impedimentos de ações’ em que se incluem direitos como o previsto no Art. 5º, inciso VI, da Constituição Brasileira, que se refere à liberdade religiosa, sendo que “no mesmo enunciado semântico se contém, pois, o direito à crença religiosa e o direito a não sofrer atos que configurem formas de impedimento ao exercício de tal direito”⁸⁰⁶. O segundo grupo dos “direitos a não-afetações” inclui aqueles cujas normas estabelecem para o Estado obrigações de não afetar propriedades (qualidades) ou situações do titular do direito. Citam-se como exemplos o direito à vida, o direito à saúde, o direito a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, etc. O terceiro grupo inclui os ‘direitos à não-eliminação de posições jurídicas’ como as garantias institucionais, processuais e procedimentais (a exemplo do direito de herança, direitos autorais, controle concentrado de constitucionalidade, etc.) que “permitem afirmar que dentre os direitos fundamentais há aqueles que, além de estabelecerem em favor do titular uma específica forma de proteção a um direito a algo, estatuem, ao mesmo tempo, para o estado, um dever de não eliminar aquelas determinadas posições, condições ou situações de vantagem jurídica ou, ainda, de prover imediatamente a cessação de uma lesão ou ameaça a direito especificamente incluído em seu âmbito de proteção”⁸⁰⁷.

Por fim, é importante reforçar a posição, notadamente coerente, de Ingo Sarlet⁸⁰⁸ de que os direitos fundamentais, em regra, apresentam uma dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), sendo necessário utilizar o critério da função preponderante para efetuar a classificação no grupo dos direitos fundamentais de defesa ou no grupo dos direitos fundamentais a prestações.

⁸⁰⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 66-70.

⁸⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 196-201.

⁸⁰⁶ FREITAS, 2007, 66.

⁸⁰⁷ FREITAS, 2007, 69.

⁸⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 177.

5.2.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações

Os direitos a prestações, ao contrário dos direitos de defesa (direitos negativos de não-intervenção), são direitos positivos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, objetivando garantir as condições fáticas necessárias ou os meios materiais imprescindíveis para o efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Ingo Sarlet observa que “enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”⁸⁰⁹

José Carlos Vieira de Andrade⁸¹⁰ define os direitos a prestações como sendo aqueles que impõem ao Estado o dever de agir para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo dos bens jurídicos fundamentais e, ainda, o dever de agir para proteger esses bens jurídicos contra a atividade de terceiros, incluindo casos de omissão.

Canotilho afirma que é discutível a solução do problema de saber se é possível a função de prestação dos direitos fundamentais gerar pretensões exigíveis diretamente dos ‘direitos sociais originários’⁸¹¹, como exemplo: se o direito à habitação gera o direito de exigir uma moradia. O mesmo ocorre em relação aos ‘direitos sociais derivados’⁸¹², quanto ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais. No entanto, não há a menor dúvida quanto à obrigatoriedade de os poderes

⁸⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 185.

⁸¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 179.

⁸¹¹ Direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.

⁸¹² Direitos que podem ser definidos como posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais, mas, sim, da concretização dessas pelo legislador ordinário.

públicos adotarem políticas públicas socialmente ativas conducentes à criação de instituições (hospitais, escolas), serviços (segurança social) e fornecimento de prestações (renda mínima, seguro desemprego, bolsas de estudo, habitações populares (econômicas), etc.).⁸¹³

Pelas definições e características elencadas pela doutrina, pode-se notar que os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e nem sempre uniforme de posições jurídicas, sendo possível distinguir grupos específicos de posições jurídicas fundamentais. Quanto ao seu objeto, os direitos a prestações podem ser divididos em: 1) direitos a prestações jurídicas (ou normativas), em que se incluem tanto os direitos à proteção mediante a produção de normas penais quanto direitos à produção de normas de organização e procedimento; 2) direitos a prestações fáticas ou materiais, “correspondem ao que comumente se denomina ‘direitos sociais’, sem embargo de, (...) não haver absoluta sinonímia entre tais expressões”⁸¹⁴. Outra divisão dos direitos a prestações é a classificação anteriormente referida por José Joaquim Gomes Canotilho em direitos originários e derivados.

Essas diversas classificações dos direitos a prestações não são incompatíveis entre si. “Neste sentido, tanto pode haver direitos derivados a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e organização e procedimento), quanto em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), valendo o mesmo para os direitos originários a prestações. Da mesma forma, não se constata incompatibilidade entre esta distinção e a existência de direitos a prestações jurídicas e de natureza fática, (...)”⁸¹⁵.

Assim, sem o aprofundamento desejável, porém, citando alguns elementos que facilitam a compreensão, adota-se como referencial teórico classificatório dos direitos a prestações a formulação adotada por Robert

⁸¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 408 e 409.

⁸¹⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 74.

⁸¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 188.

Alexy⁸¹⁶ de direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito, com alguns ajustes efetuados por Ingo Sarlet⁸¹⁷. Considera-se que o grupo dos direitos a prestações em sentido amplo subdivide-se em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento.

Os direitos a prestações em sentido amplo abrangem todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas, portanto, enquadram-se nesse grupo os direitos a prestações normativas, que podem ser tanto direitos à proteção, com a produção normativa de uma gama de proteção aos demais direitos fundamentais, como direitos a organização e procedimento, com prestações normativas que viabilizem o acesso e a utilização das atividades públicas.

Os direitos à proteção, de acordo com Robert Alexy⁸¹⁸ e Ingo Sarlet⁸¹⁹, devem ser entendidos como direitos do titular de direitos fundamentais de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências ou intervenções de terceiros em determinados bens pessoais. Portanto, ao Estado incumbe zelar, prioritariamente de forma preventiva, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, contra as intervenções ou ingerências indevidas perpetradas pelo próprio Estado, por outros estados ou por particulares.

Como desdobramento da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, assim como ocorre com todos direitos a prestações em sentido amplo, os direitos a organização e procedimento podem ser compreendidos como aqueles direitos que asseguram ao indivíduo a execução (implementação) de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes.

Para Alexy “ao invés de direitos a organização e procedimento, seria possível falar simplesmente de ‘direitos a procedimentos’ ou ‘direitos

⁸¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 442 et. seq.

⁸¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-207.

⁸¹⁸ ALEXY, 2008, p. 450.

⁸¹⁹ SARLET, 2010, p. 190.

procedimentais', desde que se pressuponha um conceito amplo de procedimento, que inclua também normas de organização"⁸²⁰. Independentemente da denominação, o importante é que a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais gera direitos a prestações (no sentido amplo), tendo como titulares o indivíduo, a exemplo do direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira) ou instituições como partidos políticos que têm direito a recursos do fundo partidário e acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17, § 3ª, da Constituição brasileira). Esses direitos a prestações também têm diferentes destinatários, como por exemplo no caso da proteção jurídica efetiva em que os destinatários são os tribunais ou no caso do direito ao procedimento que tem como objeto a criação de normas procedimentais, ou seja, o direito ao estabelecimento de normas, em que os destinatários são os legisladores, ou ainda, quando tem como destinatários a administração pública na prática atos administrativos correspondentes a direitos fundamentais.

Em suma, os direitos a prestações *lato sensu*, na modalidade direitos de participação na organização e procedimento, enquanto direito fundamental "centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento"⁸²¹.

Já os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito são os identificados com os direitos fundamentais sociais e consagram normas de prestações materiais ou fáticas; dessa forma, são direitos que também correspondem ao *status civitatis* (*status* positivo) de Jellinek⁸²². Portanto, os direitos fundamentais sociais a prestações, diferentemente dos direitos de defesa, reconhecem ao indivíduo a capacidade para exigir do Estado uma

⁸²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 474.

⁸²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.197.

⁸²² JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milão: Società Edtrice Libreria, 1912, p. 127, et seq.

atuação positiva, objetivando assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real, que somente pode ser alcançada por meio de direitos que atenuem as desigualdades sociais. Nas palavras de Robert Alexy, citando decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão e Lorenz von Stein: “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício” e “a liberdade é real apenas para aquele que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação”⁸²³.

Os direitos a prestações, *stricto sensu*, significam, para José Joaquim Gomes Canotilho, “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura desses bens sociais, ele pode obter a satisfação das suas ‘pretensões prestacionais’ através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado)”⁸²⁴.

Quanto à identificação dos direitos a prestações em sentido estrito com os direitos fundamentais sociais⁸²⁵, Ingo Sarlet entende ser correta tal correlação; no entanto, efetua algumas ressalvas quando analisa o direito constitucional positivo brasileiro, enfatizando que os direitos fundamentais sociais, na concepção da Constituição Brasileira, não se restringem à dimensão prestacional, por abranger, também, as denominadas ‘liberdades sociais’⁸²⁶ (direito de greve, liberdade sindical, etc.), as concretizações do princípio da isonomia e da proibição de discriminações e as posições jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa.⁸²⁷

⁸²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 504.

⁸²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 408.

⁸²⁵ No tópico 2.6 será abordado o tema ‘os direitos sociais como Direitos Fundamentais’.

⁸²⁶ Liberdades sociais na concepção adotada por ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 385.

⁸²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 198-199.

Por fim, é importante registrar que a classificação quanto à funcionalidade dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestações é a que melhor se aplica ao estágio atual da teoria dos direitos fundamentais.

5.2.3 O direito fundamental de acesso à água potável na função de direito de defesa e de direito a prestações

Os direitos fundamentais podem exercer, como analisado nos tópicos anteriores, tanto a função de defesa do indivíduo contra o poder imperial do Estado, quanto a função de direito a prestações. Na função de defesa, os direitos fundamentais têm por finalidade a limitação do poder estatal para evitar ingerências na liberdade pessoal e garantir ao indivíduo um âmbito de atuação livre, assegurando um direito subjetivo que garanta a não interferência na autonomia pessoal, bens ou posições jurídicas. Já na função de direito a prestações, o indivíduo tem a possibilidade de exigir do Estado determinada atuação para garantir as condições fáticas necessárias ou os meios materiais imprescindíveis para o efetivo exercício de direitos fundamentais.

Ao citar lição de Gerrit Manssen, Ingo Sarlet sintetiza a função primordial dos direitos de defesa como sendo a de obrigar os poderes públicos à abstenção, “implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”⁸²⁸. Assim, fica claro que a função defensiva dos direitos fundamentais não implica a exclusão total do Estado, tanto que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada, apenas ocorre a limitação dessa intervenção, sendo rechaçadas apenas as ingerências que estejam em desconformidade com a Constituição.

O direito fundamental de acesso à água potável, além de ser exercido por meio de serviço público de abastecimento, também é exercido por meio de soluções alternativas de abastecimento, conforme foi verificado no tópico 2.1.1.

⁸²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168.

Nessas duas formas de exercer esse direito é possível identificar a função de defesa.

A identificação da função de defesa do direito fundamental de acesso à água, quando exercido por meio de soluções alternativas, como no caso de abastecimento em poços públicos, rios, fontes, vertentes, enfim, as formas que também são denominadas de direito de acesso comum, ocorre facilmente pelo simples fato de se verificar que o exercício do direito de acesso requer a não interferência do Estado na autonomia pessoal, bens ou posições jurídicas. Da mesma forma, verifica-se que em relação ao particular também incide o dever de se abster, ou a obrigação de não impedir que o titular do direito o exerça efetivamente, como pode ser verificado nos art. 34 e 35, do Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934): “Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível. Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas(...)”⁸²⁹. Portanto, o direito fundamental de acesso à água potável, nessa modalidade de acesso, exerce a função de direito de defesa tanto em relação ao estado como em relação ao particular, exigindo de ambos o dever de não impedimento.

Esse direito fundamental, quando exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento, emergirá como direito de defesa quando o Estado e, em menor medida, os terceiros, têm o dever de se abster, ou têm a obrigação de não impedir que o titular do direito o exerça na sua plenitude. Nesse sentido, o titular do direito de acesso à água potável tem o direito de exigir uma posição de abstenção do Estado, um dever de não interferência, de não intromissão para garantir a posição jurídica de usuário dos serviços públicos de abastecimento visando ao exercício efetivo do direito de acesso. Portanto, esse direito fundamental cumpre a função de norma de competência negativa para o poder público (abstenção) e, ao mesmo tempo, implica para o

⁸²⁹ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2011.

titular do direito o poder de exercer positivamente o direito de acesso à água potável e de exigir omissões do poder público.

Por outro lado, diferentemente da função de direito de defesa que impõe ao Estado abstenção e respeito, a função de direito a prestações requer uma postura ativa do Estado, no sentido de obrigação de colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Dentre as diversas classificações dos direitos a prestações existentes na doutrina, adota-se a formulação elaborada por Ingo Sarlet de direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito.⁸³⁰ Os direitos a prestações em sentido amplo, subdivididos em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, abrangem todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas, portanto, enquadram-se nesse grupo os direitos às prestações normativas. Os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito são aqueles que se identificam com os direitos fundamentais sociais e consagram normas de prestações materiais ou fáticas.

Os direitos à proteção, incluindo-se a produção normativa de proteção aos demais direitos, devem ser entendidos como direitos de exigir do Estado que este proteja determinados bens pessoais contra ingerências ou intervenções de outros órgãos do próprio Estado, de outros estados ou de terceiros. Os bens pessoais a serem protegidos não se restringem à vida e à integridade física, abrangem tudo o que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, inclusive a proteção em relação aos riscos de lesão a direitos e bens constitucionalmente tutelados, tudo a evidenciar a conexão dos deveres de proteção com os deveres de precaução e prevenção.⁸³¹

Assim, o titular do direito de acesso à água potável, na modalidade 'por meio de soluções alternativas'⁸³², além de ser titular de um direito fundamental que exerce a função de direito de defesa, também pode ser titular

⁸³⁰ Classificação indicada no tópico 5.2.2. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-207 e ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 442 et. seq.).

⁸³¹ SARLET, 2010, p. 191.

⁸³² Modalidade referida anteriormente, também denominada de direito de acesso comum, que consiste no ato de ir até a fonte de abastecimento (corrente ou nascente de água) para exercer o direito de acesso.

de um direito que exerce a função de direitos à proteção (direitos a prestações no sentido amplo). Tal situação poderá ocorrer na hipótese de o titular do direito fundamental de acesso à água potável exigir do Estado proteção ao seu direito de acessar a corrente ou nascente de água, diante do impedimento perpetrado pelos proprietários marginais. Portanto, nesse caso hipotético, a função de direito à proteção deve ser exercida para que o titular do direito de acesso à água potável tenha efetivo acesso à fonte de água que está obstaculizada.

Ademais, o direito fundamental de acesso à água potável, como direito a prestações *lato sensu*, pode ser observado na função de direito de participação na organização e procedimento, no momento em que o legislador e a administração pública emitem atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos relacionados aos serviços de abastecimento de água potável. Os exemplos de ato legislativo e, respectivamente, de ato administrativo, que estabelecem uma série de órgãos e procedimentos para viabilizar os serviços de fornecimento de água potável são a Lei do Saneamento Básico (Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007⁸³³) e o Decreto que regulamenta a Lei do Saneamento (Decreto nº 7.217/2010⁸³⁴).

Por minha opinião, não resta dúvida de que os direitos fundamentais são, quase sempre, dependentes da organização e do procedimento; por outro lado, essa dependência inverte-se, quando os direitos fundamentais são utilizados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatória e dos procedimentos. “Tal é a relevância desta interpenetração entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que Peter Häberle, procedendo a uma releitura da teoria dos quatro *status* de Jellinek, agregou ao *status activus*

⁸³³ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

⁸³⁴ BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

aquilo que denominou de *status activus processualis*, o qual justamente se refere à dimensão procedimental dos direitos fundamentais”⁸³⁵.

Os direitos a prestações em sentido estrito se consubstanciam no direito do indivíduo de obter do Estado as prestações concretas de saúde, educação, serviços públicos essenciais, etc. É claro que não se pode descartar a possibilidade de serem satisfeitas as diversas ‘pretensões prestacionais’ através do mercado, tratando-se de pessoas com capacidade financeira.

No Brasil o serviço público de fornecimento de água potável, serviço público essencial, é prestado mediante pagamento de tarifa, valor referente à contraprestação pelo serviço, pago por todos os usuários, independentemente das condições econômicas.

Entendo que a função de direito a prestações em sentido estrito poderia ser considerada concretamente efetivada, caso o Estado desenvolvesse programas governamentais de isenção de pagamento das tarifas para aquelas pessoas que não tenham capacidade financeira para arcar com o desembolso dessa contraprestação.

São poucos os programas governamentais que garantem o direito de acesso à água potável na condição de direitos a prestações em sentido estrito. As políticas públicas com esse objetivo podem ser formuladas por todos os entes federativos: União, Distrito Federal, Estados e Municípios. A competência para organizar e prestar os serviços públicos de abastecimento, de acordo com o Art. 30, inciso V da Constituição brasileira⁸³⁶, é dos municípios. No entanto, outra norma constitucional (Art. 23, inciso IX⁸³⁷) define que é competência comum dos entes federativos promover programas de melhorias na área de abastecimento de água potável (saneamento básico).

⁸³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 194.

⁸³⁶ Art. 30, inciso V da Constituição Federal. “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” 90 BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013).

⁸³⁷ Art. 23, inciso IX da Constituição Federal. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Quanto à competência para legislar sobre direitos sociais que garantam o direito de acesso, de forma universal, a jurisprudência brasileira é no sentido de não reconhecer a competência dos entes federativos Estados. Em um caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2337, de 21 de junho de 2002, em que atuou como relator o Ministro Celso de Mello⁸³⁸, a decisão foi pela suspensão da eficácia da Lei Estadual nº 11.372/2000, do Estado de Santa Catarina, que determinava a suspensão temporária do pagamento das tarifas de abastecimento de água e de energia elétrica pelos trabalhadores residentes naquele estado que não dispusessem de qualquer remuneração. A justificativa foi a invasão pelo Estado-membro da competência da União para legislar sobre Energia Elétrica e da competência do Município para legislar sobre fornecimento de água, conforme Art. 30, inciso V da Constituição brasileira.

Portanto, tratando-se de acesso à água na modalidade ‘serviços públicos de abastecimento’, pela interpretação que se faz da Constituição e pela jurisprudência brasileira, a competência para instituir programas sociais que atendam as pessoas que não têm condições de pagar pelos serviços de fornecimento de água é do município. No entanto, a realidade econômica dos municípios (pela pequena participação na divisão da receita tributária) tem demonstrado a ausência de programas governamentais que instituam direitos sociais na área do saneamento básico. Por isso, é possível citar apenas programas governamentais da União que instituem direitos sociais (direitos a prestações em sentido estrito) com a finalidade de garantir o direito de acesso à água potável na modalidade ‘soluções alternativas de abastecimento’.

Nesse sentido, um dos programas que pode ser citado é o instituído pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, denominado: Programa Cisternas⁸³⁹, que consiste na captação de água de chuva para o consumo humano. A água da chuva que escorre do telhado da casa é captada

⁸³⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 2.337 MC/SC. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso Mello, jun. 2002. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

⁸³⁹ Programa Cisternas. Disponível em <<http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/acessoaaagua/cisternas>>. Acesso em 22 dez. 2013.

pelas calhas e armazenada na cisterna com capacidade para 16 mil litros de água, o que supre a necessidade de consumo por alguns meses no semiárido brasileiro. O programa é destinado às famílias com renda até meio salário mínimo por membro da família, incluídas no Cadastro Único do governo federal e que contenham o Número de Identificação Social (NIS). Além disso, é preciso residir permanentemente na área rural e não ter acesso ao sistema público de abastecimento de água.

Outro programa é o instituído pelo Ministério do Meio Ambiente em parceria com o Estado do Piauí, denominado Água Doce⁸⁴⁰, que tem como objetivo a construção de 67 sistemas de dessalinização da água encontrada nos lençóis freáticos das regiões que sofrem com a seca no Piauí. O sistema funciona como um purificador da água coletada por meio de poços já existentes nas comunidades beneficiadas. O programa prioriza as regiões em situação mais crítica com baixos índices pluviométricos e com dificuldades de acesso aos recursos hídricos. A água após o processo de purificação será oferecida à população em espaços como um tanque ou um chafariz. Os moradores precisarão coletá-la em recipientes como baldes e latas. Por tudo isso, nesses dois programas governamentais que instituem políticas públicas que viabilizam o acesso à água, pela modalidade de soluções alternativas de acesso, verifica-se com nitidez a presença de direitos sociais que cumprem a função de direito a prestações em sentido estrito.

Portanto, entendo que o direito fundamental de acesso à água potável, ao ser exercido por meio das soluções alternativas de acesso, comporta a função de direito a prestações em sentido estrito, possibilitando que o titular desse direito obtenha do Estado prestações concretas que viabilizem o exercício efetivo desse direito fundamental.

Por outro lado, o direito fundamental de acesso à água potável, quando exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento, assume a condição de direito a prestações em sentido amplo, por ocasião da obrigação que o

⁸⁴⁰ Programa Água Doce vai beneficiar 26 mil no Piauí. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2013/11/programa-agua-doce-vai-beneficiar-26-mil-no-piaui>>. Acesso em 22 dez; 2013.

Estado tem de elaborar as regras e normas a serem observadas quanto aos serviços de abastecimento. Pode, também, ser caracterizado como um direito fundamental a prestações em sentido estrito, em situações em que o titular do direito não tenha condições de pagar as tarifas relativas ao serviço de abastecimento, por absoluta insuficiência de recursos financeiros. Nessa situação, o destinatário da norma que explicita o direito fundamental de acesso à água, ou seja o Estado (Município), pode adotar políticas públicas de isenção de tarifas aos titulares hipossuficientes ou, na falta dessas políticas, pode o judiciário determinar o dever de prestação do Estado (administração Pública), com indenização ao prestador dos serviços ou com a determinação de não interrupção dos serviços de abastecimento, com posterior cobrança pelos serviços, situação que será analisada no próximo capítulo, inclusive por meio de jurisprudências dos tribunais brasileiros que apontam soluções nesse sentido.

Conforme ficou evidenciado, o Estado tem dever de respeito, de proteção e de realização. Respeitar no sentido de impedir que órgãos estatais adotem medidas que provoquem a negação de acesso à água potável. Proteger no sentido de adotar medidas que evitem que outros órgãos estatais, empresas ou particulares impeçam o acesso das pessoas à água potável. Realizar ações que se destinem a efetivar o direito de acesso à água potável, principalmente àqueles incapazes de exercer o direito por seus próprios meios.

Por fim, é preciso esclarecer que, diante das frequentes divergências doutrinárias quanto à classificação funcional, os direitos fundamentais, em regra, apresentam uma dupla função defensiva e prestacional, portanto, direitos fundamentais enquadrados como direitos de defesa possuem uma dimensão prestacional, assim como aqueles que preponderantemente exercem uma função prestacional podem apresentar uma dimensão defensiva.

5.3 Considerações finais do capítulo 5

Neste quinto capítulo, abordamos alguns aspectos da configuração jurídica e da multifuncionalidade do direito fundamental de acesso à água potável. Vale lembrar que defendemos a tese de que o dever de fornecimento

de água potável é decorrente da fundamentalidade do direito de acesso; nesse sentido, reveste-se de relevância a análise de alguns elementos que configuram e justificam o reconhecimento desse direito como fundamental, como a estrutura e as fontes das normas que garantem o direito de acesso, as dimensões objetiva e subjetiva e as funções defensiva e prestacional do direito fundamental de acesso à água potável.

Entendo que o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental não colabora com o efeito inflacionário de direitos e nem com a desvalorização da eficiência dos direitos já existentes, portanto é necessário desconsiderar a resistência existente ao surgimento de novos direitos fundamentais e manifestar contrariedade à ideia de que a cláusula de abertura constitucional, ao reconhecer novos direitos fundamentais, seja um mecanismo de esvaziamento da materialidade dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, entendo que não se aplica, no reconhecimento do direito de acesso à água potável como direito fundamental, a cautela de verificar se já não existe um direito fundamental mais amplo e geral que abranja o conteúdo ou o âmbito de proteção desse direito. Tratando-se de direito social, em que se requer do Estado uma atuação positiva, de garantir prestações fáticas ou jurídicas, não se tem a garantia de que esse direito, ao estar integrando o conteúdo de outro direito mais amplo, seja efetivamente considerado. Tudo isso porque os novos direitos a prestações necessitam de um reconhecimento efetivo para serem concretizados, diferentemente dos direitos de defesa que podem com facilidade serem observados e judicialmente cobrados mesmo quando um direito mais amplo abarca um direito específico não expresso no texto.

O direito de acesso à água potável, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, está axiologicamente fundamentado na dignidade da pessoa humana. Abrange um feixe de posições jurídicas objetivas e subjetivas imprescindíveis para o estado e para a sociedade, portanto é um direito que deve ser reconhecido como fundamental. Como esse direito não está formalmente positivado na Constituição Brasileira é importante que ele seja reconhecido como fundamental, seja decorrente de outro direito fundamental,

ou do regime e dos princípios constitucionais, ou, ainda, decorrente de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à estrutura das normas que expressam o comando que garante o direito fundamental de acesso à água potável, concluímos que elas abarcam, por vezes, regras e, por vezes, princípios. Esse direito é identificado em regras como as previstas na legislação que regula os serviços públicos de abastecimento da Lei do Saneamento Básico e no Código de Águas. No tocante à identificação em princípios, podemos citar o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre aqueles que garantem fundamentos racionais para se considerar o acesso à água potável um direito materialmente fundamental.

A cláusula de abertura constitucional é o instrumento de reconhecimento de outros direitos fundamentais, materialmente fundamentais, que derivam de outras fontes. Nesse sentido, identificamos o direito de acesso à água potável a partir do direito fundamental ao meio ambiente ou, a partir de princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, utilizamos o método dedutivo, partindo de um direito mais geral, como o direito fundamental ao meio ambiente, para deduzir um direito específico, o direito de acesso à água. Dessa forma, o método que utilizamos se diferencia do método indutivo adotado por Vasco Pereira da Silva, na sua obra 'A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura', ao demonstrar que direitos fundamentais específicos podem induzir ao reconhecimento de um direito fundamental geral, concluindo que a partir da confluência de direitos fundamentais relacionados à cultura positivados na Constituição Portuguesa se identifica um direito fundamental geral que é o Direito à Cultura.

O direito de acesso à água potável pode ser analisado na sua dimensão objetiva por meio de normas que estão expressas no texto constitucional ou de normas infraconstitucionais que regulam o direito de acesso. Relembrando que na dimensão jurídico-objetiva os direitos fundamentais se apresentam como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Dessa forma, entendemos ser de grande importância para a comunidade o conjunto de normas que expressam tarefas ou imposições aos órgãos públicos de certas prestações que consagram valores importantes para a comunidade e fins diretivos de

concretização do direito fundamental de acesso à água potável. Portanto, na dimensão jurídico-objetiva, o Estado tem o dever de concretização e realização do conteúdo dos direitos fundamentais, notadamente, do direito de acesso à água potável.

Já na dimensão jurídico-subjetiva os direitos fundamentais são reconhecidos como posições jurídicas que podem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes com acentuado grau de exigibilidade. Por isso, o direito de acesso à água potável, na sua dimensão subjetiva, expressa a permissão para que seus titulares exijam comportamentos negativos ou positivos dos destinatários, comportando a faculdade de exigir algo ou a prática de um ato, inclusive o reconhecimento da existência de direitos subjetivos judicializáveis.

A classificação das funções dos direitos fundamentais que adoto neste trabalho é a compatível com a sistematização dos direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e a que proporciona a compreensão da análise da fundamentalidade do direito de acesso à água potável.

Assim, os direitos fundamentais podem apresentar uma dupla função: defensiva e prestacional. É necessário utilizar o critério da função preponderante para efetuar a classificação de um determinado direito no grupo dos direitos fundamentais de defesa ou no grupo dos direitos fundamentais a prestações. De forma geral, os direitos fundamentais possuem natureza mista de direitos de defesa e direitos a prestações, sendo que uma função pode preponderar sobre a outra, indicando a natureza defensiva ou prestacional de determinado direito.

Os direitos fundamentais ao exercerem funções de direitos de defesa têm por finalidade a limitação do poder estatal, garantindo ao indivíduo um âmbito de atuação sem ingerências na sua liberdade pessoal, assegurando um direito subjetivo de não interferência na autonomia pessoal, nos bens ou nas posições jurídicas fixadas no ordenamento jurídico.

A função de defesa do direito fundamental de acesso à água, quando esse direito é exercido pelo sistema alternativo de abastecimento em poços públicos, rios, fontes, vertentes, etc., impõe a não interferência do Estado ou de

particulares na autonomia pessoal, bens ou posições jurídicas do seu titular. No mesmo sentido, entendo que esse direito fundamental, quando exercido pelo sistema clássico dos serviços públicos de abastecimento, também cumpre a função de norma de competência negativa para o poder público, acarretando para o Estado e, em menor medida, para terceiros, o dever de abstenção; ao mesmo tempo, implica ao titular do direito o poder de exercer positivamente o direito de acesso à água potável e de exigir omissões do poder público.

Quanto à função prestacional, por minha convicção a melhor classificação, dentre as diversas classificações dos direitos a prestações existentes, é a que apresenta os direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito, subdividindo-se a função de direitos a prestações em sentido amplo em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Assim, os direitos à proteção estão relacionados àqueles direitos fundamentais que exigem do Estado a proteção contra ingerências ou intervenções de terceiros em determinados bens pessoais. Enquanto isso os direitos a organização e procedimento podem ser compreendidos como aqueles que asseguram ao indivíduo a implementação de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais. Já os direitos a prestação em sentido estrito são os identificados com os direitos fundamentais sociais e consagram normas de prestações materiais ou fáticas, reconhecendo ao indivíduo a capacidade para exigir do Estado uma atuação positiva.

O direito fundamental de acesso à água potável, ao ser exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento, pode desempenhar a função de direito a prestações em sentido amplo, por ocasião da obrigação que o Estado tem de elaborar as regras e normas a serem observadas quanto aos serviços de abastecimento. Desempenha a função de direito a prestações em sentido estrito, nas situações em que o titular do direito não tenha condições de pagar as tarifas relativas ao serviço de abastecimento e seja beneficiário de políticas públicas nesse sentido.

Esclareço, ratificando minha concepção quanto à classificação funcional, que os direitos fundamentais, em regra, apresentam uma dupla função defensiva e prestacional, portanto, direitos fundamentais que

preponderantemente são enquadrados como direitos de defesa possuem uma dimensão prestacional, assim como aqueles que preponderantemente exercem uma função prestacional podem apresentar uma dimensão defensiva.

Portanto, o direito de acesso à água potável é um direito não expresso no texto constitucional, mas estruturado em regras e princípios. É um direito que tem a sua fundamentalidade material reconhecida pelo próprio sistema constitucional dos direitos fundamentais, sendo a cláusula de abertura o instrumento formal de reconhecimento das fontes desse direito. O conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que expressa a garantia de acesso à água potável consagra a dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à água potável, enquanto que a dimensão jurídico-subjetiva expressa a permissão para que seus titulares exijam comportamentos negativos ou positivos dos destinatários, seja o Estado ou particulares, ora preponderando a função defensiva ora a função prestacional do direito fundamental de acesso à água potável.

Como conclusão derradeira deste capítulo, entendo que em todas as formas de acesso, o direito fundamental de acesso à água potável poderá gerar correspectivamente deveres para o ente estatal. Esses deveres poderão consistir em obrigações diversas que derivam tanto das posições jurídicas vinculadas aos direitos de defesa como aos direitos a prestações. Assim, no próximo e último capítulo aprofundamos a análise do dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento decorrente da fundamentalidade do direito de acesso, tese que defendo aqui.

CAPITULO 6

6. O DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO

Os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios jurídicos que obrigam e enformam toda a ordem jurídica, vinculando os poderes públicos a actuar no sentido de sua concretização.
(Vasco Pereira da Silva)⁸⁴¹

6.1 O direito de acesso à água no Brasil e a interrupção dos serviços públicos de abastecimento

O acesso à água potável, por ser um direito fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como ficou evidenciado no capítulo 4, não deveria ser objeto de desprezo ao ponto de ser desconsiderado como um direito subjetivo de todos aqueles que, na condição de usuários dos serviços públicos de abastecimento, sofrem com a suspensão ou interrupção desses serviços públicos. No Brasil há legislações que autorizam os prestadores de serviços de saneamento a efetuar o corte de abastecimento de água quando da inadimplência de usuários. Infelizmente, têm preponderado decisões nos tribunais brasileiros que ratificam a possibilidade de interrupção dos serviços de abastecimento de água quando há ausência de pagamento das tarifas correspondentes.

Neste tópico em que se analisa a aplicação do direito fundamental de acesso, verifica-se que, infelizmente em nosso país, se admite, seja por previsão do ordenamento jurídico, seja pelas decisões dos tribunais, a suspensão ou interrupção do serviço público de abastecimento de água potável. Diante dessa realidade, é que se reveste de importância o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento, tese que ora defendo.

⁸⁴¹ SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 131.

Para demonstrar a importância efetiva da caracterização desse direito como fundamental e da relevância de sua aplicabilidade aos casos concretos, é necessário analisar a realidade brasileira, efetuar as críticas necessárias às interpretações doutrinárias, jurisprudenciais e normativas que sinalizam pela admissão do corte dos serviços de fornecimento de água potável. Para tanto, inicialmente, no tópico 6.1.1, analisa-se o conceito e a essencialidade do serviço público de abastecimento; em seguida, no tópico 6.1.2, efetua-se a análise do serviço público de abastecimento no contexto das crises do estado contemporâneo; já no tópico 6.1.3 faz-se a verificação das normas que garantem o direito de acesso por meio dos serviços públicos de abastecimento de água; no tópico 6.1.4, efetuam-se algumas ponderações à legislação brasileira, para, finalmente, no tópico 6.1.5, expor algumas ponderações à jurisprudência brasileira.

6.1.1 Serviços públicos: definição e essencialidade

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, ora é apresentado numa concepção formal, identificado pelas características extrínsecas, ora apresentado numa concepção material, definido por seu objeto. A variação conceitual deriva das contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade.

A definição de serviço público vem sofrendo variações desde o Estado Absolutista, passando-se ao Liberal, o qual, por sua vez, cedeu espaço ao Estado Social que agora é substituído por um novo modelo que em alguns países ocidentais é denominado Estado Neoliberal e, em outros, Estado Social-liberal-democrático ou Estado Pós-social⁸⁴². Assim, o conceito de serviço público está sujeito a variações de acordo com a concepção de Estado que se adote.

No Brasil, a noção de serviço público também vem sofrendo mudanças. A partir da Era Vargas (década de 1930), o Estado tomou para si o encargo de

⁸⁴² Pessoalmente prefiro a expressão 'Estado Pós-social' a exemplo do jurista Vasco Pereira da Silva que ao fazer a ligação das gerações de direito aos modelos de estado relaciona a primeira geração ao Estado Liberal, a segunda geração ao Estado Social e a terceira geração ao Estado Pós-social (SILVA, Vasco Pereira da. *"A cultura a que tenho direito": direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 30-31).

desenvolver os serviços públicos. Recentemente, os imperativos da globalização, da economia de mercado e da revolução tecnológica, fenômenos ainda em desenvolvimento, exigiram do Estado brasileiro uma reconfiguração do seu modelo, com constantes e polêmicas reformas⁸⁴³. As mudanças que provocaram alterações significativas relacionadas aos serviços públicos podem ser traduzidas pelas Emendas à Constituição e pela introdução de novas leis que iniciaram o processo de retirada do Estado do fornecimento de determinados serviços públicos.

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, revogou o art. 171 que estabelecia tratamento preferencial às empresas nacionais na contratação pela Administração Pública de bens e serviços. A Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, autorizou a utilização de embarcações estrangeiras na execução dos serviços de cabotagem, transporte de mercadorias e navegação interior. A Emenda nº 9, de 9 de novembro de 1995, possibilita à União contratar com empresas privadas a realização das atividades relacionadas ao petróleo e minérios. A Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, efetuando a denominada Reforma Administrativa. É possível elencar outras Emendas à Constituição que dizem respeito a alterações provocadas nos serviços públicos, entre elas as de nº 5, 14, 29, 39, 49, 51, 53 e 59⁸⁴⁴.

A onda neoliberal que atingiu a Europa e a América do Norte a partir da década de 1970, à luz dos ideais de Estado mínimo e de privatizações, implementados por governos como o da Grã-Bretanha, serviu de modelo para o Brasil que, a partir da década de 1990, instituiu o Programa Nacional de Desestatização pela Lei nº 8.031/90⁸⁴⁵ e instituiu novos procedimentos que

⁸⁴³ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 31-32.

⁸⁴⁴ BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Emendas à Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

⁸⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 8.031*, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso 05 dez. 2013.

possibilitaram o intenso processo de privatização pela lei nº 9.491/97⁸⁴⁶. As leis 8.987/95⁸⁴⁷ e nº 9.074/95⁸⁴⁸, com alterações da lei nº 9.648/98⁸⁴⁹, criaram condições para a reestruturação do Estado brasileiro no modelo neoliberal, especialmente regulamentando as concessões e permissões de serviços públicos⁸⁵⁰.

Assim, a definição de serviços públicos no Brasil enfrenta os percalços das abruptas mudanças, o que tem provocado conceitos divergentes.

Entre os doutrinadores brasileiros, as divergências identificadas dizem respeito à caracterização de um conceito amplo e de um conceito restrito de serviço público. O conceito amplo abrange todas as atividades da Administração Pública, inclusive as desenvolvidas pelo legislativo e judiciário. O conceito restrito exclui as atividades legislativas e judiciárias, considerando as atividades administrativas, exceto o poder de polícia do Estado⁸⁵¹.

Um conceito amplamente utilizado no Brasil⁸⁵² é o adotado na obra de Hely Lopes Meirelles: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para

⁸⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 9.491*, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 05 dez. 2013.

⁸⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995, que Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁸⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 9.074*, de 07 de julho de 1995, Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁸⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 9.648*, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁸⁵⁰ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 32.

⁸⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 15^a Ed. São Paulo, 2003, p. 95.

⁸⁵² Similar ao conceito adotado na obra de Hely Lopes Meirelles é o conceito de MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à lei n. 9.074*. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002, p. 2.

satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁸⁵³.

Um conceito caracterizado como restrito⁸⁵⁴ é o adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello: “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público”⁸⁵⁵.

Independentemente da posição de cada doutrinador e dos diversos entendimento doutrinários⁸⁵⁶ a respeito do conceito de serviço público, convém apontar o conceito que considero adequado para utilizar neste trabalho, por ser uma definição de serviço público compatível com a complexidade dos serviços públicos de abastecimento de água potável. Assim, concordo com a definição de Jose dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que Serviço Público é: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”⁸⁵⁷.

⁸⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁸⁵⁴ O conceito mais restrito é o adotado no Brasil, para Marçal Justen Filho, que conceitua serviço público assim: “é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478).

⁸⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Melhoramentos, 2010, p. 671.

⁸⁵⁶ Para Diogenes Gasparini “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico” (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2003, p. 267); Para Juarez Freitas serviços públicos são “o conjunto de atividades essenciais, assim consideradas pelo ordenamento jurídico, prestadas diretamente pelo Poder Público ou mediante delegação executória *lato sensu*, tendo em vista atender ao interesse geral e sob regência dos princípios constitucionais de Direito Administrativo” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004b, p. 85).

⁸⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.350.

Em Portugal, assim como em parte considerável da Europa, por conta do direito comunitário, há um conceito de “serviço universal” que surgiu ameaçando substituir a noção tradicional de serviço público. O conceito de serviço universal é apontado como aquele que serve para enquadrar, no direito europeu, o processo de liberalização dos setores num determinado contexto da regulação social, evitando os efeitos perversos associados à atuação do mercado em situação de livre concorrência. O conceito de serviço universal foi moldado no quadro de uma ampla liberalização e privatização de setores tradicionalmente qualificados de serviço público e tem a preocupação de assinalar a existência de serviços que, sendo considerados essenciais à vida da coletividade, não podem ser deixados à lógica da livre iniciativa e do mercado⁸⁵⁸.

O serviço universal pode ser definido em termos dos princípios fundamentais que deve observar: igualdade (de condições de acesso ao serviço para todos os consumidores), universalidade (a cobertura de todo o território tem de ser assegurada), continuidade (o serviço não deve sofrer descontinuidades) e transparência (as condições em que o serviço é prestado, de preço, contratos e outras, devem ser levadas ao conhecimento do público)⁸⁵⁹.

Fernanda Maças, ao analisar a noção de serviço universal, verifica que há uma aproximação em termos substanciais entre os conceitos de serviço universal e serviço público: “serviços ligados à satisfação de necessidades básicas colectivas sentidas individualmente pelos cidadãos e que devem ser explorados em obediência a regras que permitam a satisfação do interesse geral”⁸⁶⁰. Assim, conclui a autora no sentido de que o elemento de conexão “serviço” é o que explica a sujeição a um regime especial do serviço universal,

⁸⁵⁸ MAÇAS, Fernanda. *Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos*. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luis Silva; GONÇALO, Anastácio (orgs). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 519-520.

⁸⁵⁹ SERRA, Pedro Cunha. *A regulação da água em Portugal*. Fundación Nueva Cultura Del Agua. Fórum Lo Público y lo privado en la gestión del agua. Madrid/Lisboa, 2004, p. 3. Disponível em <www.fnca.eu/fnca/docu/docu35.pdf>. Acesso em 16 jan. 2012.

⁸⁶⁰ MAÇAS, 2009, p. 520.

com um estatuto específico de direito público, muito próximo do tradicional serviço público.

Para Diogo Freitas do Amaral, os serviços públicos são: “organizações que levam a cabo as tarefas de preparação e execução das decisões dos órgãos das pessoas colectivas públicas, a par do desempenho – que asseguram – das tarefas concretas em que se traduz a prossecução das atribuições dessas pessoas colectivas.”⁸⁶¹

Para Marcello Caetano: “chamamos serviço público ao modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e continuo, a quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”⁸⁶².

Marcelo Rebelo de Souza e André Salgado de Matos, ao fazerem referências à função administrativa da Administração Pública, afirmam que “ela compreende a actividade pública contínua tendente à satisfação das necessidades colectivas em cada momento seleccionadas” e, ainda, que: “A actividade em que se consubstancia a função administrativa é multiforme, abrangendo designadamente a produção de bens e a prestação de serviços, bem como as actuações que visem à obtenção e gestão dos recursos materiais e humanos”⁸⁶³. Portanto, serviço público é uma das formas em que se consubstancia a função administrativa da administração pública.

Além da importância do conceito de serviços públicos e da análise doutrinária sobre os elementos que integram as diferentes definições é necessário analisar, também, aspectos relacionados à essencialidade dos serviços públicos.

Delimitar objetivamente os serviços investidos de essencialidade é uma tarefa muito difícil. Por isso constata-se, de forma compreensível, que são

⁸⁶¹ AMARAL, Diogo Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 1994, p. 620-621.

⁸⁶² CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed., vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1.067.

⁸⁶³ SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral, introdução e princípios fundamentais*. Tomo I, 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 39.

poucas as normas que elencam os serviços públicos passíveis de serem considerados essenciais.

Dessa forma, é salutar aceitar a tese de que “todo serviço público é essencial”, entretanto, sempre “será necessária a análise do caso concreto para aferir se, naquela dada situação, o serviço é essencial a quem dele usufrui e se a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”⁸⁶⁴.

No mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes afirma que “em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde, etc.”⁸⁶⁵.

A princípio, por minha perspectiva, torna-se necessário analisar o caráter de essencialidade do serviço de acordo com o caso concreto, observando-se as circunstâncias fáticas, sendo possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de saúde, segurança, educação, etc.

Nas classificações apresentadas pelos doutrinadores, é rara a citação de “serviço público essencial” como espécie de serviço público⁸⁶⁶. Há divergências doutrinárias na classificação dos serviços públicos; assim, neste trabalho, não se analisa o estudo comparativo desse conteúdo, adota-se a classificação efetuada por José dos Santos Carvalho Filho⁸⁶⁷ por entendermos ser a que melhor se aplica à compreensão deste trabalho.

⁸⁶⁴ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 67.

⁸⁶⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 306.

⁸⁶⁶ Exceto Diogenes Gasparini que classifica os serviços públicos quanto à essencialidade em essenciais e não essenciais (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2003, p. 270).

⁸⁶⁷ José dos Santos Carvalho Filho classifica os serviços públicos em administrativos e de utilidade pública; coletivos e singulares; sociais e econômicos; delegáveis e indelegáveis (CARVALHO FILHO, *Manual de direito Administrativo*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.351-355).

O Estado, ao prestar serviços públicos, sempre se volta aos interesses da coletividade. Mas a fruição dos serviços pode ser direta ou indireta. Assim, considerando tal assertiva, pode-se classificá-los em: serviços administrativos e de utilidade pública. Os administrativos são aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa, ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos. Já os serviços de utilidade pública se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Entre eles estão o de energia domiciliar, distribuição de água, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc.

Os serviços públicos também podem ser classificados em coletivos e singulares. Os serviços coletivos (*uti universi*) são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de prevenção de doenças etc. Os serviços singulares (*uti singuli*) preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos. Exemplos desses serviços são os de energia domiciliar ou de uso de linha telefônica.

Outra classificação adotada é a de serviços sociais e econômicos. Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Estão nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente, assistência médica e hospitalar, assistência às comunidades carentes etc. Os serviços econômicos são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Os serviços econômicos diferenciam-se das atividades privadas eminentemente econômicas, porque são serviços públicos que podem ser prestados pelo Estado diretamente ou indiretamente, enquanto as atividades privadas eminentemente econômicas são destinadas, em princípio, às empresas privadas.

Classificam-se, ainda, em delegáveis e indelegáveis. Os serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, abastecimento de água, sistema de telefonia etc. Serviços indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades etc.

Com razão José dos Santos Carvalho Filho afirma que “A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço.”⁸⁶⁸ Assim, não há como concordar com a classificação, efetuada por Diógenes Gasparini⁸⁶⁹, de serviços essenciais vinculados aos serviços indelegáveis e os não essenciais aos delegáveis. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, mantendo-se, nessas situações, o controle e a fiscalização do Estado.

Portanto, entendo que os serviços públicos de distribuição e abastecimento de água potável da forma como estão estruturados no Brasil devem ser classificados como serviços de utilidade pública, singulares, econômicos e delegáveis.

Concordo, também, que os serviços públicos não poderão ser classificados de forma rígida como essenciais e não essenciais, porque o aspecto da essencialidade é variável de acordo com o tempo e o lugar: o que é essencial para uns poderá não o ser para outros, ou, ainda, o que é essencial hoje poderá não ser amanhã. Um bom exemplo de serviço público que poderia ter sido classificado, no passado, como essencial, mas, que nos dias atuais não se reveste de essencialidade é o serviço de telégrafos. Por outro lado, esse mesmo serviço público de telégrafos poderá, ainda em pleno século XXI,

⁸⁶⁸ CARVALHO FILHO, *Manual de direito Administrativo*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.352.

⁸⁶⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2003, p. 271.

ser caracterizado como essencial para um determinado grupo de pessoas, em qualquer lugar longínquo do Brasil, lugar em que os modernos meios de comunicação ainda não substituíram o velho telegrafo. Portanto, penso que é um equívoco adotar uma classificação rígida quanto a essencialidade ou não dos serviços públicos, sendo correto analisar o caráter de essencialidade do serviço de acordo com o caso concreto, notadamente pela circunstância de que será essencial o serviço público que ao não ser usufruído por um determinado usuário (ou coletividade), por falta da sua prestação, acarretar a violação de direitos fundamentais.

Assim, sem ser taxativo, mas considerando a posição claramente adotada de apontar como essenciais os serviços públicos que concretamente apresentam o caráter de essencialidade vinculados aos direitos fundamentais, incluo os serviços públicos de fornecimento de água potável entre os serviços públicos essenciais.

Os ordenamentos jurídicos do Brasil e Portugal têm leis que incluem os serviços de abastecimento de água e relacionam alguns serviços públicos no rol dos essenciais.

No Brasil, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, conhecida como “Lei de Greve”⁸⁷⁰, que regulamenta o art. 9º, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁸⁷¹, dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. O rol de serviços públicos do art. 10 da Lei de greve é exemplificativo e não taxativo, conforme pode ser observado na redação do texto legal que relaciona alguns serviços considerados essenciais⁸⁷².

⁸⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em 06 jan. 2013.

⁸⁷¹ Art. 9º, § 1º da CF: “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”

⁸⁷² Lei nº 7.783/89: Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

Para Renato Alves Bernardo da Cunha o art. 10, bem como o art. 11⁸⁷³ da Lei de Greve, “segue orientação da Organização Internacional do Trabalho, que considera como serviços públicos essenciais aqueles cuja interrupção coloca em perigo a vida, a segurança ou a saúde de seu destinatário”⁸⁷⁴.

Já em Portugal, no ano de 1996, por força da Lei nº 23/96, que “cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente (denominado usuário no Brasil) de serviços públicos essenciais”, apenas alguns serviços eram objetivamente reconhecidos como essenciais: a) Serviço de fornecimento de água; b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica; c) Serviço de fornecimento de gás e; d) Serviço de telefone. Entretanto, no ano de 2008, foi ampliado o rol de serviços públicos considerados essenciais. O art. 1º do Anexo à Lei nº 12/2008⁸⁷⁵, de 26 de fevereiro que altera a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, elenca os serviços públicos essenciais⁸⁷⁶.

Pela evolução constatada na legislação lusitana, eis que transcorrido um pouco mais do que uma década, verificou-se a necessidade de arrolar outros serviços públicos na lista dos essenciais; é possível deduzir que o rol elencado no Anexo à Lei nº 12/2008 não é taxativo, sendo somente exemplificativo, portanto, outros serviços públicos, que em decorrência da análise do caso concreto ou da situação fática, considerando o contexto político, social, econômico e a constante evolução, são passíveis de ser caracterizados como essenciais.

X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária.

⁸⁷³ Artigo 11, parágrafo único: “São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

⁸⁷⁴ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 64.

⁸⁷⁵ Artigo 1.º - Objecto e âmbito - 1 — A presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente. 2 — São os seguintes os serviços públicos abrangidos: a) Serviço de fornecimento de água; b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica; c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; d) Serviço de comunicações electrónicas; e) Serviços postais; f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais; g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

⁸⁷⁶ SILVA, João Calvão da, *Serviços públicos essenciais : alterações à Lei nº 23/96 pelas leis nºs 12/2008 e 24/2008*. In: *ARS Iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra, 2010, p. 815-847.

Na minha opinião, os serviços públicos não podem ser classificados rigidamente como essenciais e não essenciais, porque a caracterização do que é essencial é variável e dependente de elementos diversos. Por outro lado, a tese de que todo serviço público é essencial, também necessita ser ponderada, sempre será necessária a análise do caso concreto. Torna-se necessário analisar o caráter de essencialidade de cada serviço, observando-se as circunstâncias fáticas, sendo possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como os serviços de abastecimento e fornecimento de água potável.

Por fim, penso que de nada adianta qualquer conceito ou definição de um determinado instituto jurídico ou instrumento jurídico, se não for analisada a sua efetiva aplicação na realidade vivida pelas pessoas. Nesse sentido, no próximo tópico, analisa-se os serviços públicos, notadamente, os de abastecimento e fornecimento de água potável, frente às crises que atingem o estado contemporâneo.

6.1.2 Os serviços públicos de abastecimento no contexto das crises do estado contemporâneo

O abastecimento ou fornecimento de água potável, por ser um serviço público essencial, vincula o Estado à observação do princípio da continuidade, obrigando os prestadores (setor público ou privado) à manutenção do serviço de forma intermitente, por consequência, gera-se ao Estado o ‘dever’ de garantir a todos o acesso à água potável. No entanto, essa obrigação tem sido menosprezada por conta de diversas crises que vêm atingindo o Estado de direito nos últimos tempos.

No contexto atual, o “Estado de direito”⁸⁷⁷ em crise mantém algumas características do Estado Social, outras do Estado Liberal, e algumas do também denominado Estado Regulador⁸⁷⁸ ou Estado Pós-social⁸⁷⁹, variando de

⁸⁷⁷ Utiliza-se essa expressão “Estado de direito” que corresponde ao “Estado Democrático de Direito”, como foi grafada pela Constituição Federal brasileira, inserida no *caput* do art. 1º, ou à expressão Estado de Direito democrático, como grafada no Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa de 1976.

⁸⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.351.

país para país a incidência de tais características, sendo que algumas crises são comuns às diversas variações de Estado, tanto aos desenvolvidos como aos em desenvolvimento; tanto aos do Norte como aos do Sul; tanto aos preponderantemente Liberais como aos que guardam resquícios de um Estado Social.

Das crises que se inter-relacionam aprofundadamente com a problemática da prestação de serviços públicos de abastecimento de água esboçada nesta investigação, destaca-se a crise estrutural do Estado vinculada ao *déficit* financeiro, apresentando como consequência, principalmente no Estado Social, uma outra crise de ordem filosófica que consiste no abandono do solidarismo e no reforço ao individualismo.

A crise fiscal-financeira do Estado parece estar por trás de todas as críticas que se fazem a ele e das propostas de sua revisão tendentes a uma maior flexibilização das estruturas de políticas públicas de carácter social. O Estado não arrecada o suficiente financeiramente para atender todas as demandas e, por isso, as soluções que têm sido adotadas são as de privatizações de serviços públicos, como, entre tantos, o de abastecimento de águas.

A crise filosófica, surgida nas cinzas da financeira, aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada no seu fundamento, ‘a solidariedade’, impondo um enfraquecimento ainda maior ao conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas a eles inerentes, bem como às fórmulas interventivas próprias desse modelo de estado. O Estado de Bem-Estar Social tem como pressuposto, na sua composição, agentes dotados de uma compreensão coletiva, compartilhada e compromissada em ser-estar no mundo. No entanto, o que se observou foi a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, instigado pelo individualismo e, consequentemente, o desleixo ao solidarismo. Verifica-se que, no Estado social típico europeu, enquanto houve abundância de recursos, a sociedade não se ressentiu profundamente dessas insuficiências. Entretanto,

⁸⁷⁹ Prefiro a expressão ‘Estado Pós-social’, também utilizada pelo jurista Vasco Pereira da Silva in SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 30-31.

na medida em que a capacidade de financiamento público estatal se reduzia, a coesão social parece ter perdido forças em seu caráter de grupo. “Assim, o fundamento filosófico do modelo fragmentou-se, (...) produziu fissuras que necessitam de um projeto de reconstrução que vá além de fórmulas matemáticas de compatibilização de recursos”⁸⁸⁰.

Outra crise que se destaca é a política. Sem abordar a problemática dos sistemas partidários e dos apodrecidos sistemas eleitorais⁸⁸¹, que têm causado apatia política intensa⁸⁸², convém analisar o *déficit* de democracia verificado no sistema de representação. O modelo da democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade complexa, tornou-se um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões, intenções e demandas da sociedade. Tornou-se apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha, efetivando-se como instrumento de dominação de grupos de interesses por meio do princípio da maioria.

Assim, na defesa dos interesses dos grupos econômicos, muitas vezes lesivos ao meio ambiente e à própria sociedade, utilizou-se a democracia representativa como instrumento que se fundamenta na “divinização do princípio maioritário”⁸⁸³. O positivismo legalista que faz da vontade popular, expressa pelo princípio da maioria, o fundamento legitimador do direito pode revelar, em situações extremas, o totalitarismo, atentatório à própria democracia. “Deste modo, elevada a maioria a critério de verdade, a obediência à lei injusta na democracia torna-se um valor tão absoluto como a obediência à vontade do tirano, (...)”⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 44.

⁸⁸¹ Veja-se como exemplo o sistema eleitoral dos Estados Unidos que conseguiu eleger um presidente da República com menos votos do que o seu opositor (Bush X Al Gore).

⁸⁸² Nas últimas eleições presidenciais em Portugal aproximadamente 50% dos eleitores aptos para votar não compareceram às urnas e no Brasil o índice de abstenção é elevadíssimo, considerando a obrigatoriedade do voto para a faixa etária dos 18 aos 70 anos.

⁸⁸³ Referido por OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 624 e segs.

⁸⁸⁴ OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 626.

Kelsen⁸⁸⁵ já demonstrava invulgar preocupação com o princípio da maioria e de seus limites em um Estado de direito, que supõe fundamentalmente a limitação e autolimitação jurídica do poder estatal, ao qualificar, como objetivo fundante da democracia, a proteção das minorias, impedindo que seus interesses sejam subjugados no parlamento, pelo domínio de classes políticas, assegurando assim, sobretudo, a proteção de sua esfera de autonomia e liberdade e dos direitos fundamentais.

Diante do enfraquecimento do espaço público da política e da sua economicização⁸⁸⁶, em um contexto de jogo econômico global de um capitalismo financeiro dominante que influencia as principais decisões e vincula a manutenção da ordem econômica ao atendimento de seus interesses, o cidadão é conduzido a um processo de apatia política, diante da percepção de que as eleições não são eficazes como instrumentos de escolha dos seus representantes e como manutenção do sistema democrático.

As várias dimensões da crise que atinge o Estado têm provocado outros déficits; um que merece ser referido é o “déficit de justiça ambiental”. Esse faz com que ao Estado Democrático de Direito “importa afirmar não apenas sua incompletude como modelo de regulação, mas também sua impertinência ou inadequação às novas exigências de realização da cidadania ambiental”⁸⁸⁷. Mais uma vez, verifica-se a preponderância dos interesses dos grupos econômicos face à cidadania, principalmente nas questões relacionadas à degradação do ambiente, quando o Estado garante as condições para o desenvolvimento de atividades lucrativas e concentradoras de riquezas, enquanto que não consegue implementar um controle do caos gerado ao meio ambiente por essas mesmas atividades.

A concentração de riquezas e o poderio político e econômico dos grupos que operam com a água demonstram com clareza parte dessa crise. Os

⁸⁸⁵ Kelsen, Hans. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

⁸⁸⁶ Expressão utilizada por José Luis Bolzan de Moraes (MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 55).

⁸⁸⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

canadenses Barlow e Clarke relatam, no livro *Ouro Azul*, que as empresas que operam com a água (abastecimento e engarrafamento) movimentam anualmente mais recursos do que o conjunto de empresas que operam com o Petróleo. Outros dados impressionantes: as 200 maiores corporações têm um volume de vendas anuais que superam a soma das economias de 182 países do mundo. Entre as 100 maiores economias do mundo, 53 são corporações, e, não, países. E, embora existam diversos estudos e relatórios a respeito da crise da água, pouco se sabe a respeito das multinacionais da água⁸⁸⁸.

Surge, assim, “a interrogação se a democracia representativa não se terá transformado numa ficção colectiva”⁸⁸⁹, eis que, pela atuação dos partidos e dos grupos de interesses, corre-se “o sério risco de transformar a democracia como ‘governo do povo, pelo povo e para o povo’ num sistema político baseado no seguinte postulado: ‘governo dos partidos e grupos, pelos partidos e grupos e para os partidos e grupos’”⁸⁹⁰.

Portanto, é nesse cenário que o serviço de abastecimento de água potável está inserido. Em algumas regiões do Brasil a inadimplência com as tarifas de água e esgoto chega a 44,67%, conforme notícia publicada no Jornal “Folha da Região”⁸⁹¹ de que no primeiro mês do ano de 2009, 44,67% deixaram de pagar suas tarifas de água e esgoto na data do vencimento. “De acordo com dados do Sistema Nacional de Informações do Setor Saneamento, em algumas empresas o total de contas a receber supera o valor correspondente a seis meses de arrecadação, assim como são registrados índices de inadimplência acima de 30% do faturamento mensal”⁸⁹².

As crises do Estado não elidem os compromissos assumidos desde a sua gênese, pois o Estado de direito tem como fundamento, desde o seu

⁸⁸⁸ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. São Paulo: M. Books, 2003, p. 101; PETRELLA, Ricardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p.98-100.

⁸⁸⁹ OTERO, Paulo. *Democracia totalitária. Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Cascais, 2000, p. 226.

⁸⁹⁰ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p.666.

⁸⁹¹ FOLHA DA REGIÃO. Inadimplência com água ultrapassa R\$ 1 milhão. Disponível em <<http://www.folhadaregiao.com.br/Materia.php?id=112478>> . Acesso em 09 dez. 2012.

⁸⁹² FERES, José Gustavo. Análise dos determinantes das taxas de inadimplência nas contas de água. Disponível em <<http://nemesis.org.br/artigos/projeto18.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2012.

nascedouro, respeitar a supremacia das normas constitucionais. Assim, é dever do estado dar efetividade aos direitos fundamentais, o que resulta, automaticamente, no surgimento de uma série de obrigações e compromissos que devem ser concretizados.

O dever de garantir o fornecimento de água potável (como consequência do respeito ao direito fundamental de acesso), por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento, é um dos principais e mais importantes compromissos do Estado contemporâneo, o que implica a adoção de políticas públicas relevantes para cumprir com as suas responsabilidades, e o envolvimento de vários setores da Administração Pública.

Em todas as formas de acesso, o direito fundamental correspondente poderá gerar deveres para o ente estatal. Esses deveres poderão consistir em obrigações diversas que derivam tanto das posições jurídicas vinculadas aos direitos de defesa como aos direitos a prestações. Nesse sentido, o Estado tem a obrigação de respeito, de proteção e de realização. A obrigação de respeitar consiste no impedimento aos órgãos estatais de adotarem medidas que tenham como consequência a negação de acesso à água potável. A obrigação de proteger exige do Estado a adoção de medidas destinadas a evitar que órgãos estatais, empresas ou particulares obstaculizem o acesso das pessoas à água potável. A obrigação de realizar do Estado ocorre por meio de ações destinadas a efetivar o acesso à água, observando o princípio da universalidade, com medidas concretas, principalmente destinadas àqueles incapazes de exercer o direito por seus próprios meios.

Esses deveres associados a direitos fundamentais significam que a cada direito fundamental corresponde sempre uma pluralidade de deveres, desde o dever de respeito ou de não violação até o dever de proteção e de concretização do respectivo conteúdo, vinculando entidades públicas e privadas.

6.1.3 Serviços públicos e as normas que garantem o direito de acesso

O serviço de abastecimento de água potável, regulado pela Lei do “Saneamento Básico”⁸⁹³, consiste em um serviço público essencial que o estado tem o dever de prestar, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização. Além disso, por ser um serviço público essencial, é difícil aceitar exceções ao princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água potável, principalmente quando os usuários desse serviço público deixam de pagar as tarifas por falta de condições financeiras.

O princípio da continuidade indica que a prestação do serviço público deve ser contínua, portanto, os serviços públicos, quando submetidos aos comandos de otimização desse princípio, devem ser prestados, na maior medida possível, sem suspensão ou interrupção. Para Celso Bastos: “O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isso ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade.”⁸⁹⁴

A previsão legal do princípio da continuidade, aplicável aos usuários de serviços públicos de acesso à água potável, foi incluída no Código do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor. No artigo 22 está definido que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”⁸⁹⁵

Um equívoco verificado no Marco Regulatório dos serviços de abastecimento de água é a constatação de que não consta entre os princípios fundamentais elencados no artigo 2º, da Lei nº 11.445/2007, o principal princípio aplicável aos serviços públicos que é o da continuidade. Corroborando

⁸⁹³ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

⁸⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.117.

⁸⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Art. 22. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art6iii>. Acesso 27 ago. 2013.

com essa omissão, o art. 40, da mesma lei, dispõe que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador quando ocorrer inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

O simples fato de não constar na Lei do Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007), de forma expressa, a necessidade de se observar o princípio da continuidade, não deve ser óbice para que se faça a interpretação de que esse princípio deve ser aplicado. A aplicação do princípio da continuidade é consequência, também, do fato de constar no Art. 29, § 1º, inciso VII, dessa lei, a expressão “continuidade e segurança na prestação dos serviços”, como uma diretriz a ser seguida, relacionada aos aspectos econômicos e sociais, na prestação dos serviços de saneamento, combinado com o § 2º, do mesmo artigo, que prevê a adoção de subsídios para os usuários que não tenham capacidade de pagamento⁸⁹⁶.

Frisa-se, ainda, que no *caput* do artigo 29 o legislador deixou bem claro que a sustentabilidade econômica dos serviços públicos de abastecimento de água potável deverá ser assegurada por meio da remuneração pela cobrança dos serviços, alertando, que isso ocorrerá ‘sempre que possível’. Portanto, em casos de inadimplência por falta de condições econômicas dos usuários, os serviços deverão ter a continuidade garantida por força desse dispositivo legal. Entendo que a expressão ‘sempre que possível’ indica claramente que não há vinculação absoluta entre o fornecimento de água e o pagamento das tarifas pelos serviços públicos de abastecimento.

Além do princípio da continuidade, outros princípios estão relacionados à garantia do direito de acesso à água potável por meio dos serviços públicos

⁸⁹⁶ Lei nº 11.445/2007: Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: (...); § 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes: (...)VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; (...); § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços (BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em 27 ago. 2013).

de abastecimento. Destacam-se os princípios da universalização do acesso; da modicidade, da responsabilidade, da obrigatoriedade, da mutabilidade, da participação dos usuários, da transparência e da informação. O princípio da universalização do acesso, também conhecido como o princípio da generalidade ou, ainda, como o princípio da universalidade, dispõe que o serviço deve ser indistintamente aberto à generalidade do público, isto é, o seu oferecimento deve ser igual para todos.

O princípio da generalidade ou da universalização do acesso⁸⁹⁷ é indicado, de forma categórica, no Decreto (Decreto nº 7.217/10) que regulamenta a Lei do Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) ao prever a sua observância na elaboração do planejamento dos serviços de saneamento. Os planos de saneamento básico ou eventuais planos específicos dos serviços de abastecimento de água poderão ser elaborados mediante apoio técnico ou financeiro prestado por entes da Federação, pelos prestadores dos serviços ou por instituições universitárias ou de pesquisa científica, garantida a participação das comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. Os planos deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos e serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos e, ainda, conforme prevê o § 6º, do artigo 25 do Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010⁸⁹⁸, deverão identificar as situações em que não haja capacidade de pagamento dos usuários e indicar solução para atingir as metas de universalização.

O texto da lei do saneamento básico possui algumas contradições conceituais na parte em que elenca os princípios fundamentais que nortearão as políticas de saneamento em nosso país (art. 2º, da Lei nº 11.445/2007). A lei define que os serviços de saneamento deverão ser prestados com base no 'princípio da universalização do acesso'; ao mesmo tempo define que esses

⁸⁹⁷ O princípio da universalização do acesso também é referido no Decreto nº 7.535, de 26.7.2011, instituído para promover a universalização do acesso à água em áreas rurais. BRASIL. *Decreto nº 7.535*, de 26 de julho de 2011, que institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Água - "Água para todos". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7535.htm>. Acesso em 04 dez. 2013.

⁸⁹⁸ *Decreto nº 7.217/2010*, artigo 25, § 6º "Para atender ao disposto no § 1º do art. 22, o plano deverá identificar as situações em que não haja capacidade de pagamento dos usuários e indicar solução para atingir as metas de universalização".

serviços deverão ser prestados considerando a capacidade de pagamento dos usuários, portanto, que seja considerada a sustentabilidade econômica. Assim, essa lei não considera o acesso à água potável como direito humano que deva ser garantido para todos pelo Poder Público e, sim, como um “serviço”, posto à disposição daqueles que poderão adquiri-lo no mercado, desconsiderando substancialmente o princípio da universalização do acesso.

Já o princípio da modicidade aplica-se àqueles serviços públicos remunerados, mediante tarifas ou taxas, impondo que a sejam a preços módicos. Modicidade significa ponderação, moderação, limitação na cobrança da remuneração pela prestação dos serviços públicos. Desse modo, o princípio atribui ao prestador o dever de fixar valores que viabilizem o acesso ao serviço e sejam compatíveis com a sua natureza social.

O princípio da responsabilidade também atribui dever ao prestador, seja ele o poder público ou seu delegado, responsabilizando-o por eventuais prejuízos causados ao usuário do serviço público.

O princípio da obrigatoriedade no caso do serviço de abastecimento de água tem uma dupla face. Por um lado, a obrigatoriedade de prestação do serviço que pesa sobre o prestador impede efetuar discriminações de qualquer tipo a quem preencha as condições regulamentadas de receber tal serviço público. Por outro, impõe ao usuário a obrigatoriedade de utilizar a rede de abastecimento de água quando à disposição, por razões de sustentabilidade do serviço, sanitárias (caso brasileiro)⁸⁹⁹ e ambientais⁹⁰⁰.

O princípio da mutabilidade, também chamado de princípio da adaptação constante, ou ainda, denominado por alguns doutrinadores⁹⁰¹ como

⁸⁹⁹ O imóvel situado em local dotado de rede pública de abastecimento de água potável deverá ter suas instalações ligadas às respectivas redes, de acordo com os dispositivos contidos na Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 03 jul. 2013).

⁹⁰⁰ PINTO, Maurício; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El Derecho Humano al Agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 16.

⁹⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Melhoramentos, 2010, p. 678.

princípio da adaptabilidade, baseia-se na ideia de que as necessidades coletivas variam conforme o tempo e o espaço. Portanto, os serviços públicos devem ser adaptados ou alterados conforme a evolução da técnica e da tecnologia para melhor atender as necessidades dos usuários.

O princípio da participação dos usuários é o que garante a fiscalização e o controle da prestação dos serviços de abastecimento de água, tudo conforme a previsão constitucional do artigo 37, § 3º, inciso I⁹⁰². Os usuários poderão utilizar as várias formas de participação previstas na legislação, assim como outras formas de participação poderão ser criadas pela lei a ser instituída pelo ente federativo competente para a prestação do serviço de abastecimento. A incidência do princípio da participação proporcionará a tomada de conhecimento sobre tudo que esteja relacionado aos serviços públicos, acarretando a observação ao princípio da informação e a incidência do princípio da transparência.

O princípio da informação é o que garante aos usuários de serviços de abastecimento o conhecimento dos seus direitos e deveres e o acesso a informações sobre os serviços prestados, principalmente sobre a qualidade da água fornecida. Nesse sentido, o Decreto 5.440, de 04 de maio de 2005, Estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento e institui mecanismos e instrumentos para divulgação de informação ao consumidor sobre a qualidade da água para consumo humano. O Artigo 3º e o Inciso I do artigo 5º do anexo, ambos do Decreto 5.440/2005⁹⁰³, estipulam os deveres para os prestadores e os direitos à informação para os usuários.

⁹⁰² Constituição Brasileira: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) Artigo § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços (BRASIL. *Constituição Brasileira*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2013).

⁹⁰³ Decreto 5.440/2005: Art. 3º Os órgãos e as entidades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios e demais pessoas jurídicas, às quais este Decreto se aplica, deverão enviar as informações aos consumidores sobre a qualidade da água, (...). ANEXO. Art. 5º Na prestação de serviços de fornecimento de água é assegurado ao consumidor, dentre outros

Todas essas informações visam a atender normas de proteção aos consumidores instituídas pelo Código do Consumidor, que no seu artigo 6º, Inciso III, define que são direitos básicos do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”⁹⁰⁴.

Assim, além desses princípios do Direito Administrativo relacionados aos serviços públicos, é importante citar algumas normas (Leis e Decretos) que estão relacionadas com os serviços públicos de abastecimento de água, consequentemente, significativas para a regulamentação do direito de acesso: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos”⁹⁰⁵, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”⁹⁰⁶; Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos”⁹⁰⁷; Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de

direitos: I - receber nas contas mensais, no mínimo, as seguintes informações sobre a qualidade da água para consumo humano: a) divulgação dos locais, formas de acesso e contatos por meio dos quais as informações estarão disponíveis; b) orientação sobre os cuidados necessários em situações de risco à saúde; c) resumo mensal dos resultados das análises referentes aos parâmetros básicos de qualidade da água; e d) características e problemas do manancial que causem riscos à saúde e alerta sobre os possíveis danos a que estão sujeitos os consumidores, especialmente crianças, idosos e pacientes de hemodiálise, orientando sobre as precauções e medidas corretivas necessárias. (BRASIL. *Decreto 5.440/2005*. Estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5440.htm>. Acesso 27 ago. 2013).

⁹⁰⁴ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Art. 6º, inciso III. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art6iii>. Acesso 27 ago. 2013.

⁹⁰⁵ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

⁹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

⁹⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

2007, que “estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico”⁹⁰⁸; Decreto nº 7.217⁹⁰⁹, de 21 de junho de 2010, que estabelece normas para a execução da Lei nº 11.445.

O Decreto 7.217/2010 que regulamenta a Lei do Saneamento repete o que contém a Lei com algumas diferenças sutis de enunciados. Porém alguns temas foram aprofundados, como é o caso da regulação, do controle social e dos planos de saneamento. Também foi introduzido um item não abordado na Lei nº 11.445/2007, como é o Capítulo VI, denominado “Do acesso difuso à água para a população de baixa renda”, previsto no Art. 68, estabelecendo que “a União apoiará a população rural dispersa e a população de pequenos núcleos urbanos isolados na contenção, reservação e utilização de águas pluviais para o consumo humano e para a produção de alimentos destinados ao autoconsumo, mediante programa específico (...).”

No Marco Regulatório dos serviços públicos de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007), há previsão no Art. 4º, Parágrafo único, de que a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico está sujeita a outorga de direito de uso, nos termos dos Artigos 11 ao 18 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais. Portanto, os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico, sendo necessário os prestadores desses serviços obterem a delegação de poderes para a execução dos serviços e a autorização do Poder Público Federal ou Estadual para utilizarem os recursos hídricos.

A prestação de serviços públicos de abastecimento de água por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato. No caso, por exemplo, de o município ser o titular e a prestadora não integrar a administração municipal, será o serviço obrigatoriamente concedido por meio de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. O contrato

⁹⁰⁸ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

⁹⁰⁹ BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

para ter validade depende da existência de plano de saneamento básico; de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços; de normas de regulação e a designação da entidade de regulação e de fiscalização; da realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação.

Os serviços de abastecimento de água poderão ser prestados diretamente pelo titular ou de forma contratada. A prestação direta ocorre por meio de órgão de sua administração ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta, facultado que contrate terceiros, no regime da Lei nº 8.666⁹¹⁰, de 21 de junho de 1993, para determinadas atividades. Na forma contratada pode ser mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação na modalidade concorrência pública, no regime da Lei nº 8.987⁹¹¹, de 13 de fevereiro de 1995; ou no âmbito de gestão associada de serviços públicos, mediante contrato de programa autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados, no regime da Lei nº 11.107⁹¹², de 6 de abril de 2005; ou, ainda, mediante autorização a usuários organizados em cooperativas ou associações, no regime previsto no art. 10, § 1º, da Lei nº 11.445, de 2007, desde que os serviços se limitem a determinado condomínio ou localidade de pequeno porte, predominantemente ocupada por população de baixa renda, onde outras formas de prestação apresentem custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários.

Para garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público, a fiscalização é efetuada por uma entidade reguladora, conforme

⁹¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 06 ago. 2013.

⁹¹¹ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995, que Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

⁹¹² BRASIL. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

previsto no Capítulo V, artigos 21 a 27, da Lei nº 11.445/2007. Essa entidade também tem a incumbência de efetuar a “regulação”, definida como qualquer ato que discipline ou organize o serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação ou, ainda, revisão do valor de tarifas e outros preços públicos.

O controle social dos serviços de abastecimento é efetuado por meio de mecanismos como consultas públicas, debates e audiências públicas, conferências e participação de representantes dos usuários de serviços de saneamento básico nos órgãos colegiados de caráter consultivo que têm a prerrogativa de participar da formulação da política de saneamento básico, bem como de seu planejamento e avaliação. O Art. 34, § 6º, do Decreto nº 7.217⁹¹³, de 24 de junho de 2010, estipula que, a partir do exercício financeiro de 2014, será vedado o acesso aos recursos federais, destinados a serviços de saneamento, àqueles que não instituírem, por meio de legislação específica, o controle social a ser realizado por órgão colegiado.

A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União serão feitos observando a diretriz de prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico, tudo de acordo com os planos de saneamento básico e observando, dentre vários condicionantes, o disposto no § 1º, do Art. 50 da Lei nº 11.445/2007, de que “será dada prioridade às ações e empreendimentos que visem ao atendimento de usuários ou Municípios que não tenham capacidade de pagamento compatível com a autossustentação econômico-financeira dos serviços, (...)”.

Quanto aos aspectos econômicos e financeiros dos serviços de abastecimento, o Art. 47 do Decreto nº 7.217, de 24 de junho de 2010, dispõe que a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços poderá levar em consideração a capacidade de pagamento dos consumidores e, ainda, a quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à

⁹¹³ BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente.

São assegurados aos usuários de serviços de abastecimento, além do conhecimento dos seus direitos e deveres e das penalidades a que podem estar sujeitos, o direito de acesso a informações sobre os serviços prestados; acesso ao manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, elaborado pelo prestador e aprovado pela respectiva entidade de regulação; e acesso ao relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços.

Ademais, os usuários têm direito de receber, mensalmente, as informações sobre a qualidade da água fornecida. Esses dados, juntamente com os itens e custos dos serviços, deverão constar no documento de cobrança relativo à remuneração pela prestação dos serviços de abastecimento.

Assim, tratando-se de abastecimento humano, a cobrança pelo uso da água efetua-se em regra, indiretamente; ou seja, os custos da água são imputados às empresas responsáveis pelo abastecimento, e não aos destinatários desses serviços. Embora seja recorrente a integral recuperação dos custos dos serviços relacionados ao uso da água, incluindo os custos ambientais, pagos, no final, pelos usuários desses serviços, entendo que deveria ser ressalvada, com regras claras, a garantia de uma quota mínima de provisão de água tratada, sem qualquer custo, para os mais necessitados, observando-se igualmente os direitos das comunidades nos pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural, ou ainda daqueles que fazem captações, acumulações ou lançamentos considerados insignificantes.

É preciso lembrar que, antes da instituição do modelo atual de fornecimento de água potável, por meio dos serviços públicos de abastecimento, o acesso à água ocorria pelo instituto do “uso comum”⁹¹⁴ em que o indivíduo deveria ir até o reservatório de água (poço, rio, bebedouro público, etc.) para se abastecer. A evolução para o sistema de serviços públicos, para evitar as epidemias e os problemas sanitários verificados nas

⁹¹⁴ O instituto do “uso comum” foi referido no tópico 2.2.4.

concentrações populacionais, ocorreu com mais intensidade a partir da revolução industrial. Portanto, ocorreu uma mudança de função do direito de acesso à água potável; no “uso comum” preponderava a função de direito de defesa, com o Estado se abstendo de regradar, no sentido de limitar ou restringir o acesso à água potável, enquanto que no sistema de serviços públicos de abastecimento o acesso passa a ser um dever de prestação do Estado, por meio dos serviços públicos executados direta ou indiretamente, originando um direito a prestações.

Esse direito a prestações deriva da constatação de que o direito humano de acesso à água deve ser institucionalizado juridicamente e alçado à condição de direito fundamental para que a sua proteção possa estar garantida. Tudo isso, pelo simples fato de que o acesso à água potável é uma necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica⁹¹⁵.

Como sugere Robert Alexy, na sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”⁹¹⁶, um direito fundamental pode ser considerado como um conjunto de posições jurídicas de direito fundamental, possuindo muitas facetas e abrangendo, ao mesmo tempo, princípios, deveres, direitos, competências, ações positivas do Estado, abstenções estatais etc.

Na mesma perspectiva, José Joaquim Gomes Canotilho⁹¹⁷ compreende os direitos fundamentais sociais como, ao mesmo tempo, ‘normas programáticas’, consideradas como definidoras das tarefas e fins do Estado, de conteúdo eminentemente social; ‘normas de organização’, atributivas de competência para emanção de medidas relevantes; ‘garantias institucionais’, obrigando o legislador a proteger a essência do direito social em tela, bem como adotar medidas estritamente conexas com o seu valor social eminente e, finalmente, ‘direitos subjetivos públicos’, isto é, direitos inerentes e titularizados pelos cidadãos.

⁹¹⁵ PINTO, Maurício; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El Derecho Humano al Agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 2.

⁹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 37-38.

Por tudo que vimos de normas (princípios e regras) que regulamentam o direito de acesso, entendo que o acesso à água potável, instrumentalizado por meio de serviços públicos, deve ser tomado por direito fundamental material nessa perspectiva sugerida de múltiplos sentidos e posições jurídicas⁹¹⁸. O direito fundamental de acesso à água potável exercido pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento abrange princípios, como os analisados neste tópico; abrange deveres, não só em relação ao Estado (como veremos no tópico 6.2); abrange direitos, como os indicados no capítulo 4; abrange, ainda, abstenções estatais, normas de organização, tarefas e ações positivas do Estado.

Por fim, é salutar registrar que o direito constitucional contemporâneo possui o seu ponto de unidade e racionalidade no princípio da dignidade humana, centralizador que é de uma ampla gama de significados históricos e de valores de justiça. Todos os serviços públicos, sua definição, essencialidade e conteúdo derivam do modelo de Estado adotado pelo constituinte. A Constituição Brasileira, expressão máxima da vontade do povo, organiza o Estado e estabelece os seus fins. Para concretizar esses objetivos, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. Dessa forma, os serviços públicos são caracterizados como meio de realização dos objetivos do Estado. Portanto, o serviço público de abastecimento de água potável, ao possibilitar a efetividade do direito fundamental de acesso a um bem imprescindível, além de ser uma tarefa vinculada à finalidade do Estado, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

6.1.4 Ponderações à legislação brasileira e à doutrina dominante

É um verdadeiro contrassenso a possibilidade da interrupção do abastecimento de serviços essenciais por inadimplência do usuário. No entanto, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, permite expressamente a suspensão do fornecimento de serviço público. O art. 6º, § 3º,

⁹¹⁸ No mesmo sentido em relação ao direito fundamental à seguridade social: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como Direito Fundamental material*. Curitiba: Editora Jurua, 2009, p. 161-162.

dessa Lei, define que “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

No mesmo sentido, é a previsão da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, no seu art. 40, inciso V, dispõe que “os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: (...); V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado”.

Também, o Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que regulamenta a Lei nº 11.445, no art. 17⁹¹⁹, dispõe que os serviços de abastecimento de água poderão ser interrompidos pelo prestador, após aviso, em caso de inadimplemento pelo usuário do pagamento devido pela prestação do serviço de abastecimento de água.

Essas normas que autorizam a suspensão ou a interrupção dos serviços de abastecimento de água contrariam frontalmente a Constituição, no tocante à fundamentalidade reconhecida do direito de acesso à água potável, e, anulam o princípio da continuidade nos serviços públicos, previsto no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)⁹²⁰. Uma interpretação coerente do Código de Defesa do Consumidor sinaliza que, em nenhuma hipótese, o serviço prestado pode ser suspenso ou interrompido, inclusive quando o usuário deixar de efetuar o pagamento por falta de condições financeiras.

⁹¹⁹ Decreto nº 7.217/2010: Art. 17. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverá obedecer ao princípio da continuidade, podendo ser interrompida pelo prestador nas hipóteses de: I – (...); § 1º Os serviços de abastecimento de água, além das hipóteses previstas no caput, poderão ser interrompidos pelo prestador, após aviso ao usuário, com comprovação do recebimento e antecedência mínima de trinta dias da data prevista para a suspensão, nos seguintes casos: I – (...); II - inadimplemento pelo usuário do pagamento devido pela prestação do serviço de abastecimento de água.

⁹²⁰ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Art. 22: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art6iii>. Acesso 27 ago. 2013.

No entanto, dentre os doutrinadores que analisam o polêmico tema do corte do fornecimento de serviços essenciais, estão aqueles (doutrina dominante) que admitem a interrupção⁹²¹ sob o argumento de que a continuidade na prestação do serviço deve ser visualizada do ponto de vista coletivo, porque o não pagamento de alguns implica indevido ônus para os adimplentes. Argumenta-se, ainda, que “a própria continuidade dos serviços dependerá dos recursos provenientes do pagamento, sendo inadmissível que inadimplentes a comprometam”⁹²².

Entretanto, não é aceitável essa tese de que na prestação dos serviços públicos o princípio da continuidade deve ser aplicado em relação à coletividade e, não, ao usuário individualizado, e, nem mesmo, o argumento de que esse princípio “impõe um dever ao prestador do serviço público diante do Estado, não se referindo a um ou alguns usuários, senão à coletividade.”⁹²³ Ora, por minha opinião, o princípio da continuidade pressupõe a não interrupção ou suspensão, por motivação econômica, daqueles serviços considerados essenciais por se tratar de serviços imprescindíveis para a pessoa (usuários) e por, possivelmente, provocar, em caso de interrupção, consequências nefastas que atinjam a dignidade humana. Além disso, o destinatário principal do serviço público de abastecimento de água potável é a pessoa humana, nesse sentido, mesmo que os serviços de abastecimento sejam geridos para atender à coletividade, de forma universal, é o indivíduo que, efetivamente, exerce o direito de acesso à água potável.

Há, também, na doutrina, argumentos de que “o não pagamento, sem a interrupção, levaria ao enriquecimento sem causa dos inadimplentes, afetando o princípio da igualdade”⁹²⁴. Ainda, o argumento de que “assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de

⁹²¹ Alguns autores que admitem a interrupção: CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004 e; DENARI, Zelmo. *Da qualidade de produtos e serviços, da prestação e da reparação dos danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁹²² CUNHA, 2004, p. 78.

⁹²³ CUNHA, 2004, p. 93.

⁹²⁴ CUNHA, 2004, p. 78.

fazer, na ausência do correspondente, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público”⁹²⁵.

Diante disso, não se pode perder de vista que os institutos jurídicos do “enriquecimento ilícito” e da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimplenti contractus*) são institutos jurídicos essencialmente do direito privado, portanto, utilizar esses institutos do velho direito civil para resolver questões relacionadas ao direito público e, notadamente, de direitos fundamentais, é ir contra a tendência do constitucionalismo contemporâneo, que é de constitucionalizar o direito civil.

Convém notar, outrossim, que o enriquecimento sem causa poderia, concretamente, ocorrer nos casos em que o usuário, tendo condições de pagar as tarifas, deixasse, de forma deliberada, de efetuar o pagamento. No entanto, em tais situações a cobrança dos valores devidos poderia ser feita pelas formas tradicionais de cobrança, judicial ou não. Considerando-se que nessas hipóteses os devedores teriam condições financeiras para efetuar o pagamento das tarifas, seguramente tais cobranças seriam exitosas. Porém, o que ocorre normalmente tem sido a inadimplência ser decorrente da falta de condições financeiras momentâneas ou duradouras, sendo que nessas hipóteses o não pagamento não pode ser associado a qualquer espécie de enriquecimento.

Nesse mesmo sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes questiona a constitucionalidade da Lei nº 8.987/95, no tocante ao art. 6, § 3º, inciso II, que autoriza a interrupção de serviços públicos essenciais, no entanto, admite a possibilidade do corte quando houver fraude por parte do usuário, advertindo que, nessa hipótese, é necessária uma prévia autorização judicial e prova de que o consumidor teria condições financeiras de pagar o débito⁹²⁶.

Outra norma que merece uma atenção e, ao mesmo tempo, objeção especial por prever a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de

⁹²⁵ DENARI, Zelmo. *Da qualidade de produtos e serviços, da prestação e da reparação dos danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 309.

⁹²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 309.

internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social, é o dispositivo previsto no § 3º do Art. 40, da Lei nº 11.445/07⁹²⁷.

A previsão legal de corte do fornecimento de água potável para hospitais, escolas, outros estabelecimentos e para pessoas de baixa renda, instituída de forma clara pela norma acima referida não deixa de ser uma verdadeira aberração jurídica e moral. O condicionante previsto de se observarem prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas que não terão mais acesso à água potável é mais do que aberração jurídica e moral, é algo indefinível. Ora, como imaginar a preservação das condições mínimas de manutenção da saúde de pessoas que estejam internadas em estabelecimentos de saúde que sofram a suspensão ou interrupção dos serviços de fornecimento de água potável?

Vale ratificar, não se pode admitir a interrupção do fornecimento dos serviços de abastecimento de água por motivação econômica ou financeira, o corte desses serviços é coação ao usuário, medida que tem como objetivo compeli-lo a pagar o débito, enquanto que o fornecedor poderia utilizar os meios usuais e lícitos para efetuar a cobrança dos valores inadimplidos.

Com efeito, ao analisar as Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, quanto aos dispositivos que legalizam a suspensão do abastecimento de água potável quando do inadimplemento do usuário desse serviço público, é possível verificar que essa legislação brasileira destoa do contexto normativo definido como constitucional. Na elaboração dessas normas preponderaram os interesses econômicos sobre os interesses sociais, nesse aspecto reside a principal objeção às normas que incidem sobre os serviços públicos de abastecimento de água potável.

Contudo, a autorização legal para a interrupção ou permissão para efetuar a suspensão dos serviços públicos essenciais de abastecimento de

⁹²⁷ Art. 40 (...): § 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas (BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em 18 set. 2013).

água, mostra-se um disparate, pois conforme José Joaquim Gomes Canotilho: “Um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa posição jurídico-prestacional, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares”⁹²⁸.

No mesmo sentido, Robert Alexy afirma: “Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”⁹²⁹.

Assim, é evidente que ao cidadão deve ser assegurada a prestação do serviço público essencial correspondente ao direito de acesso à água potável, não sendo plausível que, através da simples maioria parlamentar, textos da Lei 8.987/95 e da Lei nº 11.445/2007 estejam a fixar regras que afetam o direito fundamental de acesso à água, limitando esse direito fundamental para priorizar questões de ordem econômica. De tal modo, é evidente que essas leis que permitem essa negação de um direito fundamental apresentam-se revestidas de inconstitucionalidade.

6.1.5 Ponderações às decisões dos tribunais que autorizam a interrupção dos serviços de fornecimento de água

Neste tópico, de forma sintética, analisam-se quais os entendimentos dos tribunais brasileiros sobre o corte no fornecimento de água potável, realizado pelas concessionárias desse serviço essencial. Apresenta-se o posicionamento de alguns tribunais sobre a suspensão ou interrupção dos serviços de abastecimento de água potável em diferentes circunstâncias.

Além das análises jurisprudenciais, procura-se demonstrar por que o acesso à água potável deve ser reconhecido como um direito fundamental, de carácter essencial e garantidor da dignidade da pessoa humana, da vida com

⁹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

⁹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p.450.

dignidade e parte integrante de um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado.

No Supremo Tribunal Federal – STF - dentre os poucos casos relacionados ao acesso à água potável, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3661/AC⁹³⁰, em que atuou como relatora a Ministra Cármen Lúcia. No dia 17 de março de 2011, o Plenário do STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei 1.618/2004, do Estado do Acre, que proíbe o corte residencial do fornecimento de água e energia elétrica pelas concessionárias nas sextas-feiras, sábados, domingos, feriados e nos dias que antecedem os feriados, por falta de pagamento. A decisão pela inconstitucionalidade da Lei estadual foi justificada pela definição da Constituição Federal de que a União tem competência para legislar sobre energia elétrica e o município tem competência sobre serviço de fornecimento de água. O único voto discordante foi o do Min. Marco Aurélio que declarou a improcedência do pleito por entender que a lei questionada buscava proteger o consumidor e que, no caso, a legitimação para legislar seria concorrente.

Outro caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal que não destoava desse é o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2337⁹³¹, de 21 de junho de 2002, em que atuou como relator o Ministro Celso de Mello. A decisão do STF foi pela suspensão da eficácia da Lei Estadual nº 11.372/2000, do Estado de Santa Catarina, que determinava a suspensão temporária do pagamento das tarifas de abastecimento de água e de energia elétrica pelos trabalhadores residentes naquele estado que não dispusessem de qualquer remuneração. A justificativa foi a mesma utilizada no caso do Acre, qual seja, invasão pelo Estado-membro

⁹³⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. ADI nº 3.661/AC. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Acre e Assembleia Legislativa do Acre. Relator: Min. Carmen Lúcia, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07 jul. 2013.

⁹³¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 2.337 MC/SC. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso Mello, jun. 2002. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

da competência da União para legislar sobre Energia Elétrica e da competência do Município para legislar sobre fornecimento de água.

Portanto, tanto no caso da legislação do Estado do Acre como da legislação do Estado de Santa Catarina, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade dessas normas por analisar apenas aspectos formais da definição constitucional relativa à competência legislativa dos entes federados. Penso que a legislação estadual do Acre poderia subsistir por se tratar de norma protetiva aos consumidores de serviços públicos essenciais. Assim, seguindo a mesma orientação dada pelo único voto discordante da relatora daquele acórdão, entendo que a citada lei, ao vedar o corte residencial do fornecimento de água e energia elétrica pelas concessionárias nas sextas-feiras, sábados, domingos, feriados e nos dias que antecedem os feriados, objetiva evitar que os usuários desses serviços públicos tivessem desrespeitados os seus direitos de acesso à água e à energia exatamente nos dias em que estão nas suas casas.

No Supremo Tribunal Federal há decisões que merecem ser referidas por reforçarem a ideia de que o fornecimento de água potável é serviço público essencial, como o julgamento de inconstitucionalidade de Decreto que pretendia modificar a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmutando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria (ADI 567 MC/DF)⁹³², ou a que entende não ser a água canalizada mercadoria sujeita à tributação pelo ICMS (ADI 2224/DF)⁹³³ e, ainda, a decisão que entendeu tratar-se de assunto com repercussão geral a análise da incidência ou não de ICMS sobre o fornecimento de água canalizada por ser a água serviço público essencial e

⁹³² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida. ADI nº 2224/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Ministro de Estado da Fazenda e outros. Relator: Min. Nelson Jobim, mai. 2001. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

⁹³³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar deferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 567 MC/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ilmar Galvão, set. 1991. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

específico e não ser mercadoria (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 607.056/RJ).⁹³⁴

No tocante ao tema da interrupção dos serviços públicos de fornecimento de água potável, é no Superior Tribunal de Justiça – STJ - que esses casos têm sido apreciados, considerando que é incumbência desse tribunal zelar pela correta aplicação e uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum.

As decisões do STJ relacionadas a esse tema se limitam à análise da legalidade do ato praticado pelo fornecedor de serviços públicos essenciais, ao interromper o fornecimento dos mesmos sob a justificativa do inadimplemento do usuário, sendo que as posições adotadas são as mesmas para os diversos tipos de serviços públicos, como de fornecimento de água, energia elétrica, telefonia, dentre outros.

São recorrentes as decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ - afirmando a legalidade na suspensão do fornecimento de água potável quando precedido de entrega de aviso de corte, desde que a interrupção pressuponha conta regular em atraso e não conta relativa a débitos antigos.

Nessa esteira firmou-se precedente pacificado no STJ sobre a legalidade na suspensão do serviço público de abastecimento de água quando da existência de conta regular em atraso e efetuado o aviso de corte.

É o que se pode perceber em diversas decisões desse Tribunal. Em julgado de 2006, Recurso Especial nº 684.020/RS⁹³⁵, a Ministra Relatora, Eliana Calmon, aponta como fundamento de seu voto pela legalidade do corte no fornecimento do serviço, a natureza jurídica de direito privado para o serviço público prestado por concessionária, dispondo que o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. Além disso, para a relatora o pagamento é contraprestação, aplicável o Código de Defesa do

⁹³⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Repercussão Geral reconhecida. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 607.056/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli, out. 2010. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

⁹³⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial não-conhecido. Recurso Especial nº 684.020/RS (2004/0118421-3). Recorrente: Neide Conceição Alves Sica. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos - DMAE. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, mai. 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 mai. 2013.

Consumidor, sendo que o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, segundo a relatora, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, o que é repudiado pelo Direito.

Indubitavelmente, é um equívoco a afirmação de que o serviço público de fornecimento de água tem natureza de direito privado. Pelo contrário é de Direito Público o regime jurídico a que se submete a prestação de qualquer serviço público, seja qual for o método de gestão utilizado, direta ou indiretamente. A prestação do serviço público efetuado por meio de delegação não afasta a obrigação estatal de prestá-lo e nem a responsabilidade pela adequada prestação. Nesse mesmo sentido é a lição de Odete Medauar “a Administração não pode se desvincular do serviço público, quando concedido. O serviço é concedido, mas permanece serviço público; a concessão não configura abandono, desligamento total. O Estado continua o 'fiador' da execução perante a coletividade”⁹³⁶.

Semelhantemente, pode-se citar julgado do ano de 2007⁹³⁷ em que o STJ decidiu pela legalidade na suspensão do abastecimento de água, apontando a relação jurídica envolvendo o usuário e a concessionária como fundamento do dever do usuário à contraprestação e a legitimidade da concessionária de, diante do inadimplemento, interromper o fornecimento do serviço, tudo conforme prevê a Lei 8.987/95⁹³⁸.

Ao apontar a Lei 8.987/95 como fundamento para a decisão pela legalidade da suspensão do serviço, o STJ deixa inequívoco o privilégio do direito patrimonial sobre o direito fundamental social, pois essa norma define o

⁹³⁶ MEDAUAR, Odete. *A figura da Concessão*, in MEDAUAR, Odete (Coord.). Concessão de serviço público. São Paulo: RT, 1995, p. 13.

⁹³⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial não-conhecido. Administrativo – Serviço de Fornecimento de Água – Corte por falta de pagamento, após aviso prévio – Legalidade – Lei n. 8.987/95 e LC n. 170/87 - Súmula 83/STJ. Recurso Especial nº 678.044 - RS (2004/0092807-7). Recorrente: Jurandir João Mattana. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos de Porto Alegre- DMAE. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2013.

⁹³⁸ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995, que Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012).

regime das concessões dos serviços públicos e prevê em seu artigo 6º, § 3º que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, após prévio aviso, quando for por inadimplemento do usuário⁹³⁹.

Assim, conforme entendimento do STJ afirmado em julgado do ano de 2008: “[...] se há o fornecimento do serviço pela concessionária, seja de água ou de energia elétrica, a obrigação do consumidor será a de realizar o pagamento, sendo que o não cumprimento dessa contraprestação poderá ensejar, verificando-se caso a caso, a suspensão do serviço”.⁹⁴⁰

Um dos primeiros casos analisados pelo STJ sobre a legalidade da interrupção do fornecimento de água foi o Recurso Especial nº 337.965/MG⁹⁴¹, relatado pela Ministra Eliana Calmon, julgado em 1º de outubro de 2002. Nesse caso o Recurso Especial foi interposto por Maria Aparecida Dias Martins contra a Companhia de Saneamento de Minas Gerais, Copasa. Ela, viúva e desempregada, alegou dificuldades financeiras para pagar pelo serviço de abastecimento de água potável. Na primeira instância o entendimento foi de que o corte do fornecimento de água era ilegal por tratar-se de serviço essencial. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela legalidade da interrupção do fornecimento de água por entender que inexistia regra no Código do Consumidor que autorize o fornecimento gratuito de água. No STJ a relatora do Acórdão, Min. Eliana Calmon, integrante da Segunda Turma, elaborou voto, aprovado pela maioria, que discordava do posicionamento até então vigente do STJ, principalmente da Primeira Turma, que em julgamentos de casos semelhantes, entendia que as contas em atraso de água, luz, telefone

⁹³⁹ BRASIL. Lei nº 8.987: Art. 6º. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

⁹⁴⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo no Recurso Especial não-provido. Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Corte no Fornecimento de Água e Esgoto. Art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95. Impossibilidade de Suspensão do Abastecimento na Hipótese de Exigência de Débito Pretérito. Caracterização de Constrangimento e Ameaça ao Consumidor. Art. 42 do CDC. Precedentes. Agravo no Recurso Especial nº 1.027.844 - RJ (2008/0025160-4). Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Marines de Souza Ramos. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, maio 2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 mai. 2012.

⁹⁴¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial improvido. Recurso Especial nº 337.965/MG. Recorrente: Maria Aparecida Dias Martins. Recorrido: Companhia de Saneamento de Minas Gerais Copasa - MG. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, out. 2002. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

deveriam ser cobradas pela via judicial, sem comprometer a continuidade do serviço.

Nesse caso e nos subsequentes, julgados pela Segunda Turma, e, posteriormente pela Primeira Turma, as decisões foram sempre no sentido de permitir o corte do fornecimento de água e energia elétrica quando efetuado o aviso prévio.

Convém registrar que, nesse mesmo caso, o Ministro Luiz Fux, na condição de relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, EREsp nº 337.965/MG⁹⁴², rejeitou os embargos de divergência, curvando-se ao posicionamento majoritário em nome da jurisprudência uniformizadora. No entanto, manifestou entendimento no sentido de que o corte do fornecimento de água, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana. O Relator registrou que, no caso concreto, tratava-se de uma pessoa física que estava vivendo no limite da sobrevivência biológica, portanto a aplicação da legislação infraconstitucional deveria subsumir-se aos princípios constitucionais. Registrou, ainda, que a responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, nesse caso, estava incidindo sobre a própria pessoa.

Esse julgado, na minha opinião, apresenta grande contradição entre a justificativa da decisão e o ato decidido. O relator, ao indicar a rejeição do recurso para manter a decisão pela legalidade do corte no fornecimento de água, pela inadimplência da usuária dos serviços públicos de abastecimento, não foi coerente com as dezenas de parágrafos que redigiu no relatório, argumentando no sentido de enfatizar que a aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vêm prestigiados na Constituição Federal. A incoerência aparece com toda nitidez quando utiliza a justificativa de que decisões anteriores, ou seja, a jurisprudência dominante, consolidaram o

⁹⁴² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Embargos de Divergência em Recurso Especial rejeitados. EREsp. nº 337.965/MG. Recorrente: Maria Aparecida Dias Martins. Recorrido: Companhia de Saneamento de Minas Gerais Copasa - MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, set. 2004. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de serviços públicos, se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta, ato permitido pela Lei nº 8.987/95.

Além de enfatizar a importância dos princípios constitucionais, o relator manifestou indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portuosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação. Por fim, mesmo manifestando o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – é usado como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, concluiu o relatório curvando-se ao posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça para votar pela legalidade da interrupção do fornecimento de água potável.

Em outro caso, envolvendo estabelecimento de saúde, no REsp 691.516/RS⁹⁴³, julgado em 11.10.2005, o STJ decidiu pela legalidade do corte de fornecimento de água, submetendo-se à jurisprudência consolidada. No entanto, o Ministro Relator Luiz Fux, novamente, de forma contraditória, manifestou posição inconformada com tal entendimento sobre a questão do corte no fornecimento de serviço público essencial, ressaltando sua indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

Decisões como essas reforçam nossa convicção de que é exagerada a importância dada à jurisprudência no Brasil. Em nome da uniformização da jurisprudência, o ministro relator agiu exatamente como dispõe o ditado popular: ‘faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço’. O relator ao indicar a relevância da submissão da legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais e no final decidir pela aplicação das normas legais utilizadas como fundamento de decisões anteriores, numa demonstração de

⁹⁴³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora. REsp nº 691.516 – RS. Recorrente: Clínica de Enfermagem Geriátrica Ltda. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos de Porto Alegre – DMAE. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, out. 2005. Disponível em: <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

inconsistência com o sistema jurídico *civil law*⁹⁴⁴, eleva os precedentes a um nível de prestígio próprio do sistema de *common law*.

Cumpre-nos assinalar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ – com a justificativa de estar cumprindo com a sua função de uniformizar a jurisprudência, há vários anos vem julgando casos que envolvem o corte do fornecimento de água potável, mantendo o entendimento atual que é de aceitar a suspensão ou interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais delegados quando o usuário não efetuar o pagamento da conta relativa ao mês do consumo, após aviso prévio, e de não admitir a suspensão do fornecimento quando se tratar de débito pretérito.

Tal entendimento é encontrado em julgados dos últimos anos, tais como no Agravo no Agravo de Instrumento Nº 1.390.385 – RJ⁹⁴⁵, de 2011 e no Agravo no Agravo em Recurso Especial Nº 108.151–SP⁹⁴⁶, de 2012. Nesses dois casos permanece clara a posição jurisprudencial predominante nesse tribunal de que não deve haver a suspensão do fornecimento de água nos caso em que estiver caracterizada a exigência de débito pretérito. O corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de conta regular relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos.

Impende observar que o STJ deixa claro que o entendimento sobre a legalidade do corte do serviço de abastecimento de água no caso de inadimplemento de conta regular está pacificado, não havendo maiores discussões sobre a matéria, o que torna ainda mais questionável a sua

⁹⁴⁴ É preciso ressaltar que historicamente o sistema que se adota no Brasil é o da Civil Law.

⁹⁴⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental improvido. Administrativo. Fornecimento de água. Ônus da prova. Acórdão fundamentado. Débitos pretéritos. Súmula 83/STJ. Sucumbência mínima. Pretensão de reexame necessário. Súmula 7/STJ. Agravo no Agravo de Instrumento Nº 1.390.385 - RJ (2010/0223504-9). Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Manuel Lorenzo Dias e outros. Relator: Ministro Humberto Martins, maio 2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 ago. 2013.

⁹⁴⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo regimental provido. Processual. Administrativo. Suspensão do fornecimento de serviço de água. Débito Pretérito. Invalidez. Agravo no Agravo em Recurso Especial Nº 108.151 - SP (2011/0254614-8). Agravante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Agravado: Ana Aparecida Androsini. Relator: Castro Meira, mar. 2012. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 ago. 2013.

resposta a uma situação que envolve um direito revestido de fundamentalidade, conforme foi demonstrado no capítulo 4.

Desse modo, o STJ acaba por formular precedentes sobre situações que deveriam ser analisadas à luz do direito constitucional, para dar prevalência sempre ao direito fundamental social sobre os direitos patrimoniais. Assim, apesar de o acesso à água potável ser indispensável à manutenção de uma vida digna, elemento nuclear do mínimo existencial para se viver dignamente em nossos dias, bem como uma evidente conquista social, quando situações relativas à violação a esse direito demandam resposta do poder judiciário, tal direito é negligenciado em favor do direito patrimonial.

O Ministro Paulo Medina, no Voto Vista do Recurso Especial 337.965/MG⁹⁴⁷, posicionou-se pela impossibilidade de supressão dos serviços públicos essenciais por inadimplemento do usuário, alertando que o Estado e as concessionárias, ou os fornecedores de serviços públicos, é que existem para o cidadão-usuário, não o contrário. Ao finalizar o seu voto deixou bem claro que o serviço público é um instituto que se encontra necessariamente imbricado com os fins do Estado, posto que, o bem comum é a meta do Estado, a autoridade sua ferramenta e a solidariedade o seu caminho.

Assim, ao decidir pela legalidade na suspensão desse serviço público essencial, o STJ não demonstra levar em consideração os tratados internacionais, os princípios e as disposições constitucionais que fazem com que o acesso à água potável se constitua em um Direito Fundamental Social, conforme já explicitado nos capítulos anteriores.

Nos demais tribunais brasileiros, o entendimento não é diferente do verificado no STJ. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), através da 36ª Câmara de Direito Privado, julgou não provida uma Apelação Cível cujo apelante era um Condomínio onde residiam 32 (trinta e duas) famílias, comprovadamente de baixa renda⁹⁴⁸. Tal apelação era contra sentença que

⁹⁴⁷ Voto Vista do Ministro Paulo Medina no Recurso Especial 337.965/MG. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=568756&sReg=200100984191&sData=20031020&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em 23 ago. 2013.

⁹⁴⁸ ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação cível não provida. Apelação cível n.º 990.10.094337 - 5. Apelante: Condomínio CAIC - Prédio 303 (Justiça Gratuita). Apelado: SEMAE - Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do

havia denegado mandado de segurança para a manutenção do abastecimento de água pela concessionária - denominada Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto (SEMAE) – ao condomínio (apelante).

Em tal oportunidade foi arguida pela apelante a questão da essencialidade do serviço de abastecimento de água, ou seja, o condomínio (apelante) requeria antecipação de tutela, para impossibilitar a interrupção do fornecimento de água, alegando que a natureza do serviço de fornecimento de água seria pública essencial e que sua interrupção iria contra preceitos fundamentais, tutelados pela Constituição Federal, sopesando sobre a situação o princípio da continuidade, por se tratar de serviço público delegado.

Assim, conforme o relatório, a apelante fundamentou o pedido na natureza essencial do serviço, no caráter social da medida em razão da baixa renda dos moradores e no receio de dano irreparável, decorrente da supressão do fornecimento de água às mais de trinta famílias do condomínio. Porém, tais alegações não foram suficientes para o Tribunal de Justiça de São Paulo revisar a sentença anterior.

Entretanto, em oportunidade anterior, o mesmo Tribunal (TJ/SP) – através da 34ª Câmara de Direito Privado - acordou pelo provimento parcial de uma Apelação⁹⁴⁹ que, dentre outras questões, também se destinava à discussão sobre a manutenção de serviço de abastecimento de água por concessionária. Tratava-se de recurso de apelação contra sentença anterior que havia julgado improcedente uma ação, revogando liminar que assegurava a manutenção do abastecimento de água, bem como a concessão da gratuidade de justiça, concedidas em ocasião anterior.

A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi de dar provimento parcial à apelação para determinar a continuidade do serviço a partir do pagamento das próximas contas. Esse caso ganha relevância por dar importância à situação econômico-financeira da apelante para assegurar a

Rio Preto. Relator: Romeu Ricupero. São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2013.

⁹⁴⁹ ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação provida parcialmente. Apelação com Revisão n.º 990.10.133509-3. Apelante: Joice Barbosa de Almeida. Apelado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, set. 2010. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

manutenção do abastecimento de água. Tal importância restou demonstrada através da ressalva trazida no relatório, que afirmava que, ao se tratar de serviços públicos que necessitam de contraprestação cobrada de seus usuários para manterem-se ativos, torna-se eficaz a justiça social quando pessoas que ocupam posição econômica mais vantajosa contribuem para a prestação, reservando-se a gratuidade apenas para aqueles que enfrentam real e efetiva dificuldade econômico-financeira.

Contudo, também nessa decisão o TJ/SP deixou clara a legalidade da cobrança pelo abastecimento de água em decorrência da inadimplência do consumidor de serviço essencial. Porém, a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou inequívoco que, por ser o fornecimento de água, serviço considerado essencial à população é matéria regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, firmando entendimento no sentido de que seu fornecimento não deve ser interrompido por intermédio de medidas coativamente interpostas em face do usuário consumidor. Esclareceu, ainda, que a concessionária tem meios de obter seu crédito pelas vias judiciais, não lhe sendo permitido adotar medidas coativas para auto tutelar seu interesse.

Em vários outros acórdãos do TJ/SP, as decisões são no sentido de admitir a suspensão do fornecimento de água, repetindo-se o entendimento padrão de que não há previsão legal que impeça a interrupção do fornecimento de água quando há aviso prévio e inadimplência atual, portanto, não destoando da jurisprudência do STJ que admite a interrupção dos serviços públicos de abastecimento de água potável quando da inadimplência dos usuários.⁹⁵⁰

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao deparar-se com situações como a analisada, sustenta que o corte no fornecimento de água potável é lícito, desde que antecedido por aviso prévio e que o débito seja relativo ao mês de consumo atual. Esse entendimento tem sido ratificado há alguns anos, no entanto, as jurisprudências mais antigas e algumas recentes

⁹⁵⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação Cível recurso provido. Apelação Cível n.º 9171266-29.2005.8.26.0000 (992.05.140865-0). Apelante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Apelado: Tarcísio do Santo Rosário. Relator: Hugo Crepaldi. São Paulo, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

são no sentido de não admitir a interrupção do fornecimento de água potável, como pode ser verificado no caso julgado em 2003⁹⁵¹, referente a débito pretérito ou no caso julgado em 2013⁹⁵², fundamentado no princípio da dignidade humana.

No acórdão de 2003 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) assentou a decisão sob algumas considerações acerca do fornecimento de serviços públicos essenciais delegados. Dentre tais considerações é de salientar o entendimento de que, por ser a água um bem essencial, deferido à empresa pública o monopólio do serviço público de abastecimento, não pode seu fornecimento ser suspenso sob a alegação de falta de pagamento, devendo a respectiva cobrança ser efetuada por meios próprios e adequados.

No Acórdão de 2013 convém ser referido que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece o fornecimento de água como serviço público essencial e decide pela procedência de Agravo de Instrumento contra decisão que havia negado o pedido liminar de abastecimento de água, sob o fundamento de que a residência da autora está localizada em loteamento irregular. A decisão foi de garantir o acesso à água potável por se tratar de um caso urgente e relevante, a partir da constatação de que a vida sem água é insubsistente, mormente porque o seu fornecimento está a condicionar a própria saúde e a vida com dignidade. Portanto, nesse caso ocorreu o reconhecimento do direito de acesso à água potável e a conexão desse direito com o direito à saúde, com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁹⁵¹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Reexame Necessário Manutenção de Sentença. Reexame Necessário n.º 70006088355. Impetrante: Ione Marques Aloy. Impetrado: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Relator: Des. Augusto Otávio Stern. Rio Grande do Sul, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2013.

⁹⁵² ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento provido. Agravo de Instrumento n.º 70055531024. Agravante: Carina Barcarol. Agravado: CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Rio Grande do Sul, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02 out. 2013.

Já em outra oportunidade, caso envolvendo débito pretérito, julgado em março de 2010⁹⁵³, que continha como embargante o Departamento Municipal de Águas e Esgotos, o TJ/RS acordou, por maioria, em desacolher os embargos infringentes.

Nesse caso, o Sr. Enio José de Andrade César impetrou ação cautelar inominada contra o Departamento Municipal de Águas e Esgotos – DMAE - por ter sido suspenso o serviço de fornecimento de água sem aviso prévio. Portanto, a falta de aviso prévio foi o aspecto determinante para a decisão favorável ao autor.

O posicionamento do TJ/RS sobre o corte desse serviço público essencial foi no sentido de definir que, sendo a água por ser um bem essencialíssimo para a sobrevivência humana, é inviável permitir que a empresa estatal, concessionária desse serviço e organizada para cumprir o papel do Estado, a quem cabe prover aos serviços essenciais, possa cortar o abastecimento, por conta do inadimplemento.

Merece destaque o voto da Des.^a Rejane Maria Dias de Castro Bins (Relatora), que, ao votar pelo não acolhimento dos embargos infringentes, reportou-se ao Preâmbulo da Constituição de 1988, esclarecendo que o constituinte assentou no mesmo a busca de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar das pessoas, como valores supremos, entre outros, de uma sociedade fraterna. Deixando claro que o Preâmbulo deve auxiliar o intérprete a compreender o pensamento do constituinte e, embora não faça parte da própria Lei Fundamental, pode definir seu sentido e finalidade.

Ainda no voto da Des.^a Rejane Maria Dias de Castro Bins encontra-se a referência ao art. 1º da Constituição sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, e ao art. 5º, que assegura o direito à vida. A relatora destacou no seu voto que ao se tratar do direito à vida, e sendo a água bem essencial para a

⁹⁵³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Embargos Infringentes desacolhidos. Embargos Infringentes n.º 70033845900. Embargante: Departamento Municipal de Água e Esgoto - DMAE. Embargado: Enio Jose de Andrade Cesar. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Rio Grande do Sul, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2013.

sobrevivência humana, inviável permitir que o DMAE, autarquia prestadora desse serviço, possa cortar o abastecimento, por conta de inadimplemento.

Nesse contexto, verifica-se que no TJ/RS prepondera o entendimento de que, tratando-se de consumidor inadimplente que não disponha de condições financeiras para efetuar o pagamento das dívidas atrasadas, por ser a água um bem essencial e indispensável ao cidadão, o serviço não pode ser suspenso, cabendo à empresa concessionária apenas cobrar do usuário as prestações devidas, através das vias judiciais cabíveis.

Contudo, tal posicionamento é referente apenas a não admissão de suspensão do serviço em decorrência de débitos antigos, pois no que tange ao corte do fornecimento de água depois de realizada a entrega do aviso de corte e em relação a débitos atuais, o mesmo Tribunal deixa de lado qualquer argumento relativo à essencialidade da água para a manutenção da vida, inclusive aquelas justificativas coerentes utilizadas nas decisões pela impossibilidade de corte do fornecimento quando se refere a débitos pretéritos.

A jurisprudência do TJ\RS tem sido clara no sentido de afirmar a licitude do corte no fornecimento de água tratada em decorrência de atraso no pagamento de conta regular, desde que antecedido o corte por aviso prévio. É possível perceber que, apesar de reconhecer a água como um bem essencial e o serviço público de distribuição também essencial, o TJ\RS considera lícita a suspensão de tal serviço se em decorrência de inadimplemento de conta atual, aplicando as disposições sobre a essencialidade do serviço apenas quando a suspensão for decorrente de débitos pretéritos.

Em outros julgados do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, é possível perceber a naturalidade com que a questão tem sido resolvida, como no caso decidido, também em 2010⁹⁵⁴, em que se define de forma objetiva que o corte no abastecimento de água tratada somente não é possível quando em virtude de débitos antigos ou sem a precedência de aviso.

⁹⁵⁴ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação cível desprovida. Apelação cível n.º 70039082813. Apelante: Departamento de águas e Esgotos de Bagé. Apelado: Tânia Mara Oliveira Fernandes. Relator: Marco Aurélio Heinz. Rio Grande do Sul, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 05 maio 2013.

Desse modo, penso que resta patente a dissonância existente entre a classificação feita pelos tribunais brasileiros de caracterizar a água potável como um bem essencialíssimo e de importância fundamental à manutenção da vida humana e a negligência à efetivação de tal direito, que fica condicionada a requisitos formais, como é o caso da proteção ao direito de acesso à água apenas quando violado em função de débitos antigos ou sem a entrega de aviso de corte. Nesse contexto, pode-se perceber que condicionar um direito fundamental a determinados fatores (entrega de aviso de corte e corte por débitos pretéritos) é no mínimo possibilitar sua negligência.

Portanto, pela análise que efetuamos das decisões de alguns tribunais brasileiros, envolvendo a suspensão do fornecimento de água realizado pelas concessionárias, ficou demonstrado a clara condescendência dos tribunais com a aplicação da legislação que autoriza o corte no fornecimento desse serviço. Constata-se que tal entendimento, pela legalidade na suspensão desse serviço essencial, é matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais dos Estados.

Tais situações, apresentadas pelas jurisprudências, mostram a mudança no entendimento dos tribunais sobre o corte do fornecimento desse serviço público essencial no decorrer dos últimos anos. O entendimento predominante sempre foi de considerar o abastecimento de água um serviço público de caráter essencial, por outro lado, a jurisprudência mais recente (desde o início do século XXI) vem aprovando e legitimando a suspensão ou interrupção de seu fornecimento quando se dá o inadimplemento do usuário. Essas mudanças ocorrem num contexto de crise do Estado contemporâneo, não só a crise econômica ou financeira, mas também as outras crises referidas anteriormente no tópico 6.1.1.

É preciso compreender, de forma simples, que o repasse a uma empresa privada do dever de alcance de um serviço, culturalmente instituído como essencial, bem como regulamentado em lei da mesma forma, não pode obstar a efetivação de um direito fundamental. Em outras palavras, o fato de o Estado permitir que um serviço público essencial seja alcançado ao cidadão por uma empresa concessionária (privada ou pública) não faz com que a natureza desse serviço se modifique, deixando de ser essencial e permitindo

sua interrupção, pois é evidente a importância do serviço público de abastecimento para a efetividade do direito fundamental de acesso à água potável.

Nesse contexto, as empresas de abastecimento de água estão protegidas por uma legislação protecionista de seus patrimônios, em despeito à situação social caótica que vive parcela considerável da sociedade. Desconsidera-se a função social das atividades que realizam essas empresas, ao ponto de, havendo inadimplemento por qualquer usuário desse serviço público, a interrupção do fornecimento ser utilizada de forma rápida e implacável.

Assim, através da análise de algumas definições doutrinárias, percebe-se que o serviço de abastecimento de água é sem dúvida um instrumento de efetividade do direito fundamental ao acesso à água potável. Contudo, o que se tem em casos de suspensão desse serviço é uma inobservância de princípios básicos do ordenamento jurídico, havendo por parte dos tribunais uma valorização de leis que são absolutamente, no contexto de funcionamento do ordenamento, inconstitucionais.

Nesse passo, a suspensão de um serviço de caráter público e, inquestionavelmente, essencial é avalizada pela legislação brasileira, o que permite que um direito fundamental seja negado ao cidadão quando este não conseguir pagar pelo serviço público.

No mesmo sentido, as decisões dos tribunais brasileiros respaldam tal desconsideração com o direito fundamental de acesso à água, julgando casos concretos em que os interesses econômicos das prestadoras de serviços públicos de abastecimento têm prioridade em relação à dignidade humana, que não é reconhecida àqueles que não têm condições financeiras para efetuar o pagamento.

Portanto, após a apresentação do posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o corte do fornecimento de água potável em diferentes circunstâncias, concluo que se reveste de grande importância o reconhecimento de um direito-dever de acesso à água potável nos serviços públicos de abastecimento, com o reconhecimento efetivo da fundamentalidade

desse direito e do dever (tarefa fundamental) de fornecimento de água potável por meio dos serviços públicos, para que nos casos concretos, submetidos ao judiciário ou não, preponderem decisões que respeitem a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana.

6.2 Dever fundamental de fornecimento de água por meio dos serviços públicos de abastecimento

O tema dos deveres fundamentais, mesmo sendo de extrema relevância, não tem merecido a atenção dos doutrinadores brasileiros. Na doutrina estrangeira, com raras exceções, essa realidade não é diferente. Contudo, há autores que realizam estudos aprofundados sobre o tema, destacando-se em Portugal José Casalta Nabais⁹⁵⁵. Abordaremos esse tema observando alguns ensinamentos desse autor e de outros juristas como Norberto Bobbio⁹⁵⁶, Jose Carlos Vieira de Andrade⁹⁵⁷, José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁵⁸ e Ingo Sarlet⁹⁵⁹, para analisar se o dever de fornecimento de água potável é, ou não, dever fundamental, considerando que a tese que defendemos é a de que há um dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento que decorre do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso⁹⁶⁰.

Antes de verificar se o dever de acesso à água potável nos serviços públicos e nas outras formas de acesso é ou não um dever fundamental e de verificar a conexão desse dever com o direito fundamental de acesso à água

⁹⁵⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004 e NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁹⁵⁶ BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2007; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

⁹⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 159-170.

⁹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 529-536.

⁹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 226-231.

⁹⁶⁰ Adoto uma concepção própria de dever fundamental, considerando o sistema constitucional brasileiro, principalmente o fato de direitos e deveres fundamentais na Constituição Brasileira terem tratamento similar.

potável, convém fazer menção à relevância desse tema, destacando algumas características dos deveres fundamentais e a nossa concepção de dever fundamental, considerando o sistema constitucional brasileiro.

Poucos anos antes de falecer, Norberto Bobbio⁹⁶¹ chegou a afirmar que, se tivesse mais alguns anos de vida, escreveria o livro 'A Era dos Deveres'. "De fato, a Era dos Deveres que Bobbio não teve tempo para escrever seria um tratado para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais".⁹⁶² Na obra 'A Era dos Direitos' há referências à crise da efetivação dos direitos do homem e da solução que passa pelo reconhecimento da importância de existir uma correspondente declaração dos deveres e das responsabilidades, enfatizando, de forma muito simples, a ideia de que não existem direitos sem deveres correspondentes: "A figura do direito tem como correlata a figura da obrigação. Assim como não existe pai sem filho e vice-versa, também não existe direito sem obrigação e vice-versa"⁹⁶³. Nesse mesmo sentido, é a noção de direito subjetivo para Kelsen⁹⁶⁴ que somente admite a existência de um qualquer direito subjetivo de uma pessoa com o correlato dever de outra.

No entanto, os deveres fundamentais, para serem adequadamente entendidos, de acordo com José Casalta Nabais, devem ser tratados como uma categoria ou figura jurídica própria. Não podem ser confundidos com os limites dos direitos fundamentais e nem com os reflexos individuais dos poderes estatais, mas, sim, como uma categoria constitucional própria colocada ao lado da categoria dos direitos fundamentais.⁹⁶⁵

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afasta a possibilidade de pressupor, de forma automática, um dever fundamental

⁹⁶¹ BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 42.

⁹⁶² MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre Deveres Fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, P. 16.

⁹⁶³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 94.

⁹⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. Ed. São Paulo, SP : Martins Fontes, 1998.

⁹⁶⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 222.

correspondente a cada direito fundamental protegido. No entanto, faz menção de que: “A ideia de deveres fundamentais é susceptível de ser entendida como o ‘outro lado’ dos direitos fundamentais”⁹⁶⁶. Por minha concepção, concordo com a formulação teórica de que para cada direito subjetivo existe um dever correspondente, no entanto, esse dever poderá não ser caracterizado como fundamental mesmo que corresponda a um direito fundamental. Portanto, correta é a configuração dos deveres fundamentais em categoria ou figura jurídica própria.

Quanto à relação entre direitos e deveres fundamentais, sinteticamente, José Casalta Nabais assevera: “os direitos e os deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de conexão funcional”⁹⁶⁷. Conexão esta que, por um lado, impede o exclusivismo dos direitos fundamentais e, por outro lado, sobressai a primazia “dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objetivo constitucional da liberdade”⁹⁶⁸.

Os direitos e os deveres fundamentais na Constituição Brasileira têm tratamento similar. O constituinte ao abordar, no Título II, os direitos e garantias fundamentais, assim denominou o Capítulo I: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”⁹⁶⁹. Portanto, o constituinte ao elaborar o rol dos direitos fundamentais incluiu, também, deveres fundamentais, sem prejuízo dos deveres fundamentais que estão dispersos em outras partes do texto constitucional, além daqueles considerados deveres fundamentais implícitos.

A doutrina constitucional brasileira tem sido omissa no desenvolvimento do tema ‘deveres fundamentais’. Tal postura, talvez seja resultante do contexto histórico e político de elaboração e promulgação da

⁹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 532-533.

⁹⁶⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 120.

⁹⁶⁸ NABAIS, 2004, p. 120.

⁹⁶⁹ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 mar. 2014.

atual e de algumas constituições que vigoraram em nosso país⁹⁷⁰. A nosso ver a Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada após a redemocratização do país, que enfrentou uma ditadura militar de aproximadamente 21 anos, portanto, a valorização e a primazia dos direitos, não só das liberdades, significa uma certa rejeição à postura ditatorial que se coaduna melhor com os deveres. Por outro lado, há quem aponte como justificativa desse quase inexistente desenvolvimento teórico dos deveres fundamentais a 'herança liberal', configurada no próprio Estado de Direito, "no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não-intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos direitos subjetivos em detrimento dos deveres"⁹⁷¹.

É inegável que contemporaneamente prepondera, entre os doutrinadores⁹⁷², a preocupação de que os deveres fundamentais devem ser reconhecidos como tema a ser enfrentado pela sua relevância e por implicar respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais.

O regime jurídico adotado em nossa Constituição para os deveres fundamentais se diferencia levemente do aplicável aos direitos fundamentais. É preciso ressaltar que na Constituição Brasileira encontramos poucos dispositivos sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais, sendo que um deles, devidamente expresso no capítulo que elenca o rol de direitos e deveres fundamentais, é o §1º do artigo 5º⁹⁷³ que define os direitos fundamentais como normas autoaplicáveis, portanto com eficácia imediata, ressalvadas as relativizações necessárias para a fixação de restrições e limites. No que diz respeito à aplicabilidade imediata dos deveres fundamentais, é necessário

⁹⁷⁰ Não só a Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada após um longo período ditatorial. A Constituição de 1946 e em menor medida as de 1891, 1934 e 1937 sucederam ditaduras.

⁹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 226.

⁹⁷² Nesse sentido são as manifestações de: SARLET, 2010, p. 227; NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 49-50; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 160.

⁹⁷³ CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. Art. 5º (...), "§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". BRASIL. *Constituição Brasileira*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 mar. 2014.

também relativizar essa aplicação para tratar de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais, portanto, somente em algumas situações os deveres fundamentais terão aplicabilidade imediata como ocorre, por exemplo, com os deveres de natureza política, com os deveres sociais como o dever fundamental de promoção e defesa da saúde e, sem qualquer espécie de relativização, com os deveres de proteção e preservação ambiental.

O regime jurídico-constitucional brasileiro no tocante à aplicabilidade dos deveres fundamentais se diferencia do adotado em outros países⁹⁷⁴, especificamente em Portugal, onde “os preceitos que estabelecem deveres fundamentais não são diretamente aplicáveis (a não ser que a Constituição determine expressamente o seu conteúdo concreto) e necessitam de previsão normativa expressa para serem fonte concreta de obrigações jurídicas”⁹⁷⁵.

Convém registrar que todas as normas de deveres fundamentais expressas na Constituição, assim como as normas constitucionais em geral, têm aplicabilidade imediata no que diz respeito ao reconhecimento de alguns efeitos como a revogação de legislação anterior manifestamente contrária e a inconstitucionalidade de atos estatais posteriores.

Assim como ocorre com os direitos fundamentais que apresentam algumas características que os diferenciam dos demais direitos, nos deveres fundamentais também podemos observar algumas características que os diferenciam dos demais deveres, resultando certa similaridade entre os regimes jurídicos dos direitos e deveres fundamentais. Vimos no tópico 3.1 que os direitos fundamentais se diferenciam dos demais direitos em quatro aspectos. Além da já referida autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, esses são superiores aos demais; vinculam substancialmente todos os órgãos

⁹⁷⁴ Ingo Sarlet cita Portugal e Alemanha, neste último “embora não seja afastada, por completo, a aplicabilidade direta das normas impositivas de deveres, no sentido da possível extração de efeitos mesmo sem prévia regulamentação legal, em geral prevalece o entendimento de que os deveres fundamentais, neste sentido, dependem de tal regulamentação, precisamente para salvaguarda dos direitos fundamentais e princípios fundamentais do Estado de Direito” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 308).

⁹⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 170. No mesmo sentido: NABAI, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 148 e seguintes.

do poder público e, na sua grande maioria, são normas (cláusulas pétreas) que estão imunes às decisões de maioria legislativa.

Entendo que essas características são passíveis de ser observadas, com as adaptações necessárias, no regime jurídico dos deveres fundamentais. Inicialmente, a superioridade dos deveres fundamentais em relação aos demais deveres não decorre apenas da simples formalidade de tais dispositivos estarem expressos na Constituição, ou seja, da denominada hierarquia superior das normas constitucionais em relação às demais normas, mas, sim, da fundamentalidade material de tais deveres. Se os direitos fundamentais são alçados à condição de normas constitucionais de tutela reforçada pelo fato de serem direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana e por serem importantes também para sociedade (exercem uma função social), os deveres fundamentais também são assim caracterizados pela importância substancial que representam para a sociedade e não simplesmente pela mera formalidade de estarem expressos no texto constitucional.

Portanto, os deveres fundamentais são superiores aos demais deveres, por isso, num eventual confronto entre normas de dever fundamental e outras normas, inclusive constitucionais, devem preponderar, aprioristicamente, os deveres fundamentais. Assim, podemos observar que há normas de deveres fundamentais em sentido formal e normas de deveres fundamentais em sentido material.

Por minha concepção, no ordenamento jurídico brasileiro, podemos encontrar deveres fundamentais em sentido formal⁹⁷⁶ e, ao mesmo tempo,

⁹⁷⁶ Deveres Fundamentais em sentido formal (apenas formalmente fundamentais) podem ser encontrados na Constituição Brasileira. Entendo que a obrigatoriedade do voto para as pessoas da faixa etária dos 18 aos 70 anos, desde que alfabetizados, é um dever fundamental apenas formalmente fundamental por se tratar de um direito fundamental político (voto) e não de um dever que possa ser caracterizado como essencial para a comunidade. Já há discussão no Congresso Nacional de Emenda Constitucional para adotar o voto facultativo como ocorre nas principais democracias do Planeta. Esse dever constitucional (dever apenas formalmente fundamental) está expresso na Constituição Brasileira, no Art. 14, § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; (...). BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

material e deveres fundamentais apenas em sentido material. Os deveres fundamentais em sentido formal e material são aqueles deveres relevantes para a comunidade que estão positivados de forma expressa no texto constitucional. Já os deveres fundamentais em sentido material são aqueles que, mesmo não estando expressos na Constituição, são reconhecidos como Deveres Fundamentais implícitos, decorrentes da conexão com direitos fundamentais e relevantes para a comunidade. É o caso do dever fundamental de acesso à água potável que analisaremos logo adiante.

Das outras duas características diferenciadoras dos direitos fundamentais dos demais direitos, a de que esses direitos são cláusulas *pétreas* e a de que vinculam substancialmente os órgãos do poder público, apenas esta última pode ser referida em relação aos deveres fundamentais. Assim, os deveres fundamentais se diferenciam dos demais deveres pela ocorrência da vinculação substancial em relação aos titulares dos deveres fundamentais (tanto indivíduos, como pessoas coletivas ou órgãos públicos).

Portanto, estou convicto de que podemos formular um conceito para deveres fundamentais, considerando, especialmente, as características diferenciadoras que sinalizam o regime jurídico dos deveres fundamentais. Ademais, para tanto é preciso considerar, principalmente, as definições do Sistema Constitucional Brasileiro, notadamente, quando denomina o Capítulo I, do Título II, assim: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, numa clara demonstração de que os deveres fundamentais não se limitam a deveres individuais, mas também a deveres de natureza política, social, econômica, cultural e ambiental.

Assim, a definição⁹⁷⁷ que formulo para deveres fundamentais é no sentido de considerar que são deveres jurídicos de pessoas (individuais ou coletivas), expressos na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico como fundamentais (fundamentalidade material), de natureza pessoal, política, social, econômica, cultural e ambiental,

⁹⁷⁷ A definição de deveres fundamentais para José Casalta Nabais é efetuada nos seguintes termos: “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos” (NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 252).

diferenciando-se dos demais deveres pela aplicabilidade imediata, por vincularem substancialmente seus titulares e pela importância que representam para a sociedade.

Quanto aos tipos de deveres fundamentais, Ingo Sarlet⁹⁷⁸ aponta entre os diversos tipos de deveres a existência de deveres conexos ou correlatos e deveres autônomos. Os deveres conexos ou correlatos aos direitos fundamentais tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente, configurando-se assim como direitos-deveres ou deveres-direitos, a depender da predominância entre direitos e deveres. Exemplos de deveres fundamentais conexos, dentre os existentes na Constituição Brasileira, são os conteúdos dos artigos 225, *caput*⁹⁷⁹, e artigo 196⁹⁸⁰: “Os direitos fundamentais a um ambiente equilibrado e à saúde, por exemplo, constituem típicos direitos-deveres, pois os deveres fundamentais de proteção do ambiente e de promoção da saúde encontram-se vinculados de forma direta ao comando normativo-constitucional que prevê os direitos fundamentais em questão”⁹⁸¹.

Os deveres fundamentais autônomos dispõem de um conteúdo constitucional totalmente excluído de específicos direitos fundamentais. “O que naturalmente não significa que não tenham contatos com os mesmos, pois que eles sempre (de)limitam negativamente certo(s) grupo(s) ou mesmo o conjunto dos direitos fundamentais”⁹⁸².

⁹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 228-229. Jose Carlos Vieira de Andrade, por sua vez, denomina de Deveres fundamentais autônomos e deveres fundamentais associados a direitos (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 161 e seguintes).

⁹⁷⁹ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁹⁸⁰ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁹⁸¹ SARLET, 2010, p. 308.

⁹⁸² NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 312.

É possível indicar alguns exemplos de deveres fundamentais, da categoria dos autônomos, reconhecidos pelo direito constitucional brasileiro: o dever dos trabalhadores e servidores públicos em greve de dar continuidade aos serviços públicos essenciais (art. 9º, § 1º)⁹⁸³; o dever de prestar serviço militar (art. 143)⁹⁸⁴; o dever fundamental de pagar tributos (art. 150)⁹⁸⁵; O dever de respeito à função social da propriedade (art. 182, § 4º e art. 186)⁹⁸⁶.

Jorge Miranda pondera quanto à afirmação de que as normas prescritivas de deveres equivalem a normas permissivas de intervenção do Estado; no entanto, leciona a certeza de que essas normas podem acarretar limites e restrições de direitos. “Por isso, a sua interpretação e a sua aplicação não podem fazer-se em termos idênticos aos da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais e requerem particularíssimos cuidados”⁹⁸⁷. Não há como discordar da formulação lúcida do Professor Jorge Miranda no sentido de alertar sobre o tratamento diferenciado que deve ser dado, tanto na interpretação como na aplicação, entre direitos e deveres fundamentais.

Assim, à luz da formulação que elaboramos sobre elementos que compõem o conceito de deveres fundamentais no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, considerando, também, as interpretações de Ingo Sarlet⁹⁸⁸ e, ainda, de alguns elementos da teoria dos deveres fundamentais de Jose

⁹⁸³ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

⁹⁸⁴ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

⁹⁸⁵ O dever fundamental de pagar tributos (impostos, taxas e contribuições) é resultado de uma interpretação sistemática de todo o artigo 150 e do capítulo Da Ordem Tributária.

⁹⁸⁶ BRASIL. *Constituição Brasileira*. Art. 182, § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de (...); Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...).

⁹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 77.

⁹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 226-231.

Casalta Nabais⁹⁸⁹, é possível responder à seguinte pergunta: o dever de acesso à água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento (fornecimento de água) é ou não um dever fundamental?

Antes de aprofundar a abordagem da resposta positiva quanto ao acesso por meio dos serviços públicos de abastecimento, é relevante analisar a fundamentalidade do dever na modalidade de acesso pelo sistema alternativo de abastecimento de água potável.

Por minha compreensão, o acesso à água potável, quando exercido por meio de soluções alternativas de abastecimento, que pode ocorrer pelas variadas formas de acesso apontadas no Capítulo 2, gera deveres que podem, em várias situações, ser identificados como deveres fundamentais.

Em síntese, o direito de acesso à água potável, além de ser exercido por meio de serviço público de abastecimento, também é exercido por meio de soluções alternativas de abastecimento, como foi verificado no tópico 2.1.1. Assim, o dever de acesso à água se consubstancia, também, nessas outras formas de acesso e nesse sentido deve ser analisado.

Cumprе observar que o dever de acesso não é identificável apenas em relação à forma tradicional de acesso à água potável, definida como sistema clássico⁹⁹⁰ de abastecimento de água para consumo humano; pode ser reconhecido também nos diversos meios utilizáveis para aceder a esse bem, ou seja, nas soluções alternativas de abastecimento de água potável para consumo humano, como por fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva.

Nessas hipóteses, verifica-se o surgimento de um dever fundamental implícito, não do tipo ‘dever fundamental autónomo’, mas do tipo dever fundamental conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. O fundamento da caracterização como dever fundamental se deve ao

⁹⁸⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p.15-181; NABAIS, 2007, p.197-386.

⁹⁹⁰ Sistema clássico de abastecimento de água é definido no item 2.1.1 da seguinte forma: “instalação composta por conjunto de obras civis, materiais e equipamentos, conjunto esse destinado à produção e à distribuição canalizada de água potável para populações.”

especial significado que esse dever tem para a comunidade, mesmo sendo um dever fundamental não expresso no texto constitucional.

Os deveres fundamentais não necessitam de um suporte expresso no texto constitucional, portanto, podem ser reconhecidos como deveres fundamentais implícitos. Nesse sentido, esclarece José Casalta Nabais: “os deveres fundamentais não carecem de uma consagração constitucional expressa, bastando-se com uma consagração implícita como acontece actualmente entre nós com o dever de pagar impostos, dever este que ninguém duvida que tem consagração na nossa Constituição”⁹⁹¹. No mesmo sentido, Ingo Sarlet aponta como relevante a distinção, também utilizada para os direitos fundamentais, entre deveres expressos e deveres implícitos, “visto que, diversamente do que ocorre com os direitos, no caso dos deveres fundamentais, são poucas as hipóteses de deveres que tenham sido expressamente estabelecidos no texto constitucional”⁹⁹².

Assim, no acesso à água potável pelo sistema de acesso alternativo, como aquele que ocorre nas situações em que os titulares desse direito fundamental necessitam de ingressar em propriedade privada para acessar a água de um riacho ou fonte, o dever fundamental pode ser identificado em relação ao proprietário do imóvel. O proprietário tem o dever de não impedir o acesso à água potável, dever esse conexo ao direito fundamental de acesso, portanto, do direito fundamental implícito de acesso à água potável emerge um dever fundamental também implícito.

Em jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC - é possível identificar o dever fundamental de acesso à água, trata-se de um caso envolvendo o acesso na modalidade “soluções alternativas de abastecimento”. O TJSC decidiu no Acórdão Apelação Cível nº 2003.016725-0⁹⁹³ pela

⁹⁹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63.

⁹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 229.

⁹⁹³ ESTADO DE SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação cível n.º 2003.016725-0. Ação de Reintegração de Posse. Servidão de Aqueduto. Apelante: Maria Teófila Schmitt, e Apelados Celso João Guesser e Mônica Blandina Schmitt Guesser. Relator: Des. Victor Ferreira. Florianópolis, jun. 2009. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 30 dez. 2013.

manutenção da sentença do juiz da comarca de Biguaçu que garantiu aos autores o direito de acesso à água, conseqüentemente, o dever para a Ré (proprietária do imóvel onde está localizada a nascente) de fornecimento de água potável.

Nesse caso os Autores Celso e Mônica ajuizaram Ação de Reintegração de Posse (água de aqueduto) contra a Ré Maria Teófila, alegando que adquiriram por sucessão hereditária, um imóvel rural, que confronta com o imóvel da Ré, adquirido pelo mesmo título, uma vez que esta é irmã da Autora. No imóvel da Ré localiza-se uma nascente de água potável que há aproximadamente 60 anos serve para consumo dos terrenos vizinhos por meio de um aqueduto. Em outubro de 2000 a Ré passou a captar toda a água, privando os autores do regular abastecimento. Assim, a decisão judicial teve como justificativa legal o dispositivo do Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) que, no § 2º do art. 134, assim dispõe: “Para as primeiras necessidades da vida, o dono do prédio serviente poderá usar gratuitamente das águas do aqueduto”⁹⁹⁴.

Cumpra examinar, nesse caso, o dever fundamental implícito que está consagrado na aplicação de uma norma infraconstitucional. A regra prevista no Código de Águas ao incidir no caso concreto fez emergir um dever fundamental conexo ao direito fundamental de acesso à água potável (também implícito). Não há nenhuma dúvida de que Celso e Mônica sejam efetivamente os titulares de um direito fundamental (materialmente fundamental) de acessar a água potável. Por conseguinte, Maria Teófila tem um dever que é conexo ao direito fundamental de acesso, por isso, é um dever fundamental. Além disso, é um dever que tem especial significado para a comunidade e pode por esta ser exigido, como efetivamente foi por integrantes da comunidade no caso apreciado pelo judiciário de Santa Catarina.

Quanto ao acesso propiciado pela captação de água de chuva para o consumo humano, realidade presente na região do semiárido brasileiro, é possível identificar, além de um dever/tarefa do Estado, também, um dever

⁹⁹⁴ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2012.

fundamental conexo ao direito fundamental de acesso à água potável. O dever/tarefa do Estado consiste no desenvolvimento de políticas públicas que tenham como finalidade possibilitar àqueles que não estão tendo acesso à água potável, nessas regiões, pela forma clássica do “sistema de abastecimento de água para consumo humano” ou por outras formas viáveis e sustentáveis, que tenham disponibilizadas as condições materiais e estruturais para o acesso por essa forma. Já o dever fundamental de acesso é um dever fundamental implícito, conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso, apresenta-se como um direito-dever que vincula todos, seus titulares, cidadãos ou membros da comunidade, a deveres para com a comunidade, sendo em certa medida, um verdadeiro dever de solidariedade.

Em janeiro de 2012 os jornais e informativos eletrônicos de ONGs ambientais divulgaram a notícia de que o “Governo desiste de cancelar programa Um Milhão de Cisternas”⁹⁹⁵. Os problemas começaram no fim de 2011. Em dezembro, em entrevista coletiva com repercussão nacional, a ASA⁹⁹⁶ reclamou que o programa ‘Um Milhão de Cisternas’ tinha sido suspenso por iniciativa do governo federal. Além da repercussão nos meios de comunicação, 15 mil pessoas ocuparam as ruas em Petrolina, município no centro do sertão nordestino, em protesto. O conflito entre governo federal e a ASA (Articulação do Semi-Árido), envolvendo a construção de cisternas para armazenamento de água da chuva em regiões isoladas no semiárido brasileiro, já foi superado. Reunião entre representantes do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), com representantes da ASA resultou na reativação da parceria para a construção de cisternas.

Casos como esse demonstram claramente que a solução político-administrativa é a perfeitamente correta. O Estado brasileiro vem desde 2003 desenvolvendo políticas públicas com o objetivo de tornar o acesso à água parte da Estratégia Fome Zero. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) passou a financiar em larga escala essa iniciativa da

⁹⁹⁵ CALHEIROS, Celso. Governo desiste de cancelar programa Um Milhão de Cisternas. Disponível em <<http://www.oeco.com.br/noticias/25675-governo-desiste-de-cancelar-programa-um-milhao-de-cisternas>>. Acesso em 10 jul. 2012.

⁹⁹⁶ ASA (Articulação do Semi-Árido) é uma instituição que reúne cerca de 700 ONGs com tradição em trabalhos no sertão nordestino.

sociedade civil. A partir de 2004, estendeu o financiamento aos governos estaduais e estabeleceu linha orçamentária específica para a ação, denominada de Programa Cisternas⁹⁹⁷.

Portanto, suspender esse programa sem implementar outro programa social que viabilize o acesso à água potável seria uma irresponsabilidade enorme. Esse dever/tarefa do Estado brasileiro, caracterizado como um dever de promoção de acesso à água, é um dever para com aqueles que residem no semiárido, tendo como fundamento axiológico o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, da mesma forma como se reconhece um dever fundamental de cada um dos membros da comunidade, no abastecimento de água potável para consumo humano, na utilização de fonte natural ou poço comunitário, também é possível identificar um dever fundamental de acesso no abastecimento de água de chuva. Nessas formas de acesso, é necessário o comprometimento do indivíduo para com a comunidade. Esse comprometimento se consubstancia em dever fundamental que em algumas situações poderá ser, até mesmo, exigida judicialmente, quanto à obrigação de não afetar o direito fundamental de acesso de outrem.

As formas de captação de água em fonte ou nascente, poço de uso coletivo e, ainda, manancial de superfície são intensamente utilizadas na zona rural brasileira, principalmente, nas comunidades carentes⁹⁹⁸. Essa forma de acesso à água potável, também denominada de ‘uso comum’⁹⁹⁹ é a que se concretiza com o ato de ir até a fonte de água (poço, nascente ou reservatório de água potável) para se abastecer. Antes do surgimento dos serviços públicos de abastecimento de água essa era a forma utilizada pelas pessoas para exercer o direito de acesso à água.

⁹⁹⁷ Água para a região - Programa Cisternas já beneficiou mais de um milhão de pessoas. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/desafios>>. Acesso em 10 jul. 2012.

⁹⁹⁸ No tópico 2.2.4, dados do IBGE demonstram que um percentual da população brasileira não tem acesso à água pelo sistema de abastecimento público.

⁹⁹⁹ Tese apresentada pelos autores de que ocorreu uma evolução da fase do “uso comum” à fase do serviço público de abastecimento no direito de acesso à água (PINTO, Maurício; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El Derecho Humano al Agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 6-22)

Essa forma de acesso à água pelo ‘uso comum’ gera deveres fundamentais para os proprietários dos imóveis onde está localizada a fonte de água potável ou para os proprietários dos imóveis vizinhos às fontes. Esse dever fundamental do ‘uso comum’ está regulamentado no Código de Águas¹⁰⁰⁰, no Título I, denominado “Águas comuns de todos”, art. 34¹⁰⁰¹ e art.35¹⁰⁰².

Portanto, o acesso à água potável verificado tanto na modalidade abastecimento de água de chuva como na forma de captação de água em nascente, poço, ou reservatório, pode ser reconduzível ao instituto jurídico do ‘uso comum’. Nesse sentido, o dever fundamental de acesso oriundo dessas situações pode ser classificado como um dever fundamental conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. Trata-se de um dever fundamental implícito que, facilmente, se verifica não ser um simples ‘outro lado’ de um direito fundamental. É um dever fundamental por se consubstanciar em deveres jurídicos da pessoa (indivíduo) ou da pessoa coletiva (pessoa jurídica de direito público ou privado) que têm especial significado para a comunidade, inclusive, podendo ser exigidos pela própria comunidade.

O acesso à água potável na modalidade clássica de abastecimento por meio de serviços públicos acarreta deveres ao Estado e, também, aos seus delegados, quando os serviços são prestados indiretamente mediante delegação por meio de concessão, autorização ou permissão. Entendo que esse dever é também dever fundamental por ser dever jurídico de pessoas coletivas (pessoa jurídica), reconhecido pelo ordenamento jurídico como fundamental (fundamentalidade material) por se diferenciar dos demais deveres quanto à vinculação substancial que resulta para os titulares dos

¹⁰⁰⁰ BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de Julho de 1934, que dispõe sobre o Código de Águas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 23 dez. 2012.

¹⁰⁰¹ Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível.

¹⁰⁰² Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios.

serviços de abastecimento, pela aplicabilidade imediata e pela importância que representa para a sociedade.

Esse é um dever fundamental do tipo conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. Notadamente pelo fato de esse direito fundamental conformar materialmente esse dever fundamental e, sem dúvida alguma, pelo especial significado que esse dever tem para a comunidade. Assim, o direito fundamental de acesso à água potável, exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento, mesmo sendo um direito fundamental não expresso no texto constitucional, é capaz de dar forma substancial ao dever fundamental, também implícito, de fornecimento de água potável.

Por outro lado, caso adotássemos na íntegra a teoria de José Casalta Nabais¹⁰⁰³, esses deveres do Estado ou de Organizações (Pessoas coletivas ou Jurídicas) poderiam ser identificados, de acordo a classificação formulada por esse autor, como ‘figuras próximas dos deveres fundamentais’.

Portanto, consideramos o dever de acesso à água potável um dever fundamental por entendermos que esse dever pode ser deduzido como tal do conceito de deveres fundamentais que adotamos. Para nós, considerando o sistema constitucional brasileiro, deveres fundamentais são posições jurídicas de natureza pessoal, política, social, econômica, cultural e ambiental, titularizadas por pessoas (individuais ou coletivas), revestidas de significância para a comunidade, portanto, a nossa definição se diferencia do conceito formulado por José Casalta Nabais que entende por deveres fundamentais essencialmente as posições jurídicas individuais¹⁰⁰⁴.

Convém apenas referir, a título de esclarecimento, que se enquadram na classificação de ‘figuras próximas dos deveres fundamentais’, dentre algumas figuras, os deveres constitucionais organizatórios ou deveres funcionais (competências obrigatórias dos órgãos constitucionais); os limites

¹⁰⁰³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 263 e seguintes.

¹⁰⁰⁴ José Casalta Nabais adverte que o Princípio de os deveres fundamentais serem posições jurídicas referidas aos indivíduos ou pessoas humanas não é afastado pelo fato de também as pessoas coletivas (organizações) serem titulares ou destinatários de deveres fundamentais compatíveis com a sua natureza (NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 257-258).

dos direitos fundamentais, que exprimem as diversas modalidades de intervenção ou afetação dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos; os deveres de direitos fundamentais, que consistem no lado passivo dos direitos fundamentais e integram a própria figura dos direitos fundamentais; os deveres do estado como tarefas ou incumbências.

Portanto, o dever fundamental de acesso à água potável, na modalidade clássica dos serviços públicos, poderia ser confundido com algumas figuras, caso adotássemos a teoria¹⁰⁰⁵ que classifica, por um lado, deveres fundamentais e, por outro, figuras próximas. Essa confusão poderia ocorrer especificamente com o ‘lado passivo do direito fundamental’ de acesso à água potável e com as ‘tarefas e incumbências fundamentais’.

Por minha compreensão, o dever de garantir o fornecimento de água potável por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento, além de ser um dever correlato ao direito fundamental de acesso à água potável, é uma verdadeira tarefa fundamental do Estado contemporâneo. Consequentemente, tal tarefa implica a adoção de políticas públicas importantes para cumprir as suas responsabilidades e o compromisso de envolver todos os setores da Administração Pública.

A tarefa fundamental pode ser caracterizada como uma posição jurídica de direito fundamental, exatamente na concepção esboçada por Robert Alexy¹⁰⁰⁶ de que um direito fundamental pode ser considerado como um conjunto de posições jurídicas de direito fundamental, possuindo muitas facetas e abrangendo, ao mesmo tempo, princípios, deveres, direitos, competências, ações positivas do Estado, abstenções estatais, tarefas etc.

A tarefa/dever fundamental de acesso à água potável nos serviços públicos apresenta, de igual forma, uma estreita relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Por minha convicção, isso não significa que

¹⁰⁰⁵ De acordo com a teoria de Jose Casalta Nabais: “para que se trate de deveres fundamentais necessário se torna que estejamos perante normas constitucionais relativas a posições subjetivas ou normas que integram a constituição do indivíduo e não perante consequências na esfera dos indivíduos das normas de organização económica, política e administrativa do estado (NABAIS, 2007, p. 274).

¹⁰⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

a tarefa/dever seja apenas o lado passivo do direito fundamental de acesso à água potável. É bem mais do que isso, significa valores da comunidade e promoção da dignidade humana, vinculados a deveres jurídicos que são correlativos de direitos fundamentais.

Portanto, o fornecimento de água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento, ao possibilitar a efetividade do direito fundamental de acesso, é um dever fundamental e ao mesmo tempo uma tarefa fundamental que está vinculada à finalidade do Estado e, indubitavelmente, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

Contudo, é necessário, ainda, enfrentar uma possível objeção quanto à afirmação de que o dever de acesso é um dever jurídico. Por ser um dever não expresso poderia surgir o seguinte questionamento: por que se trata de um dever jurídico e não apenas de um dever moral?

Inicialmente, convém citar o exemplo mais simples de dever moral: aquele em que o indivíduo se sente no dever de cumprimentar um conhecido seu ao encontrá-lo. Esse dever é moral e não jurídico porque não há como traduzir em norma, no sentido de obrigar, proibir ou permitir a ação do cumprimento, nem sequer é imaginável a possibilidade de um ordenamento jurídico qualquer, assim exigir (proceder no sentido de incluir norma jurídica com esse conteúdo). Nessa hipótese seria muito estranho alguém judicializar essa situação para exigir de um terceiro, via poder judiciário, a satisfação do absurdo direito de ser cumprimentado.

Por outro lado, o dever de fornecer água potável é um dever jurídico não expresso (implícito) por ser correlato a uma pretensão judicializável. É perfeitamente possível que um indivíduo possa ajuizar ação exigindo de outrem o direito de acesso à água potável¹⁰⁰⁷. Mesmo que essa obrigação seja também um dever moral, por ser próprio da condição humana (ser racional) e ser próprio do instinto animal (perpetuação da espécie) o homem não deixar o outro perecer por falta de água.

¹⁰⁰⁷ Ver acórdão do TJSC (ESTADO DE SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação cível n.º 2003.016725-0. Ação de Reintegração de Posse. Servidão de Aqueduto. Apelante: Maria Teófila Schmitt, e Apelados Celso João Guesser e Mônica Blandina Schmitt Guesser. Relator: Des. Victor Ferreira. Florianópolis, jun. 2009. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 30 dez. 2013).

Portanto, o dever de fornecer água, sem deixar de ser um dever moral, passou a ser um dever jurídico a partir da sua inclusão, não de forma expressa, mas implícita, no direito (ordenamento ou sistema jurídico). A inclusão no sistema jurídico brasileiro como um dever fundamental implícito é reconhecida a partir da correlação existente entre o dever fundamental de fornecimento de água e o direito fundamental de acesso à água potável, identificado como um direito fundamental implícito decorrente de outro direito positivado na Constituição (direito ao ambiente) e reconhecido a partir da cláusula de abertura constitucional (conforme foi demonstrado no capítulo 4).

Cumpramos ratificar que a cláusula de abertura constitucional possibilitou, através de múltiplas formas, o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Dentre as várias formas apontadas, a minha opção é pelo reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito que deriva do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente. No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente encontramos, numa dimensão subjetiva, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado que pressupõe o acesso a bens ambientais como a água potável e, numa dimensão objetiva, identificamos a tarefa/dever do Estado de garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Vale ressaltar, ainda, a relação do dever fundamental de acesso à água potável com o conteúdo do mínimo existencial. A teoria do mínimo existencial abrange a presença de um direito ao mínimo existencial ambiental ou ‘mínimo existencial ecológico’¹⁰⁰⁸ que inclui a garantia de água com qualidade e em quantidade adequada para manutenção da vida. Assim essa garantia do mínimo existencial ambiental ou ecológico, com um padrão mínimo de qualidade ambiental, é tarefa, também, do Estado, nesse sentido um dever

¹⁰⁰⁸ Para Tiago Fenterseifer o mínimo existencial ecológico visa a “uma existência humana digna e saudável ajustada aos novos valores e direitos constitucionais de matriz ecológica. Trata-se, nesse sentido, de construir a ideia de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade ambiental” (FENTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações”. BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (coords). 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 284).

fundamental de garantir o mínimo existencial vinculado ao acesso à água potável.

Assim, o dever fundamental de acesso à água potável e o dever do Estado brasileiro de dar efetividade ao direito fundamental de acesso, seja pelos meios alternativos ou por meio dos serviços públicos essenciais de abastecimento, estão estreitamente relacionados à razão de ser do Estado contemporâneo, independentemente das crises que o assolam. Além disso, sempre é importante lembrar que o Estado tem o dever de garantir as prestações materiais mínimas daquilo que se compreende como mínimo existencial social, cultural e ambiental. Esse dever está conectado com o respeito à dignidade das pessoas, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade social e econômica, especificamente, naquelas situações em que não se consegue efetuar o pagamento das tarifas dos serviços de abastecimento de água potável.

Da mesma forma, a horizontalização da dimensão social do ser humano, enquanto manifestação de uma ideia de solidariedade fundada na dignidade humana, deve estar presente em qualquer sociedade. A vivência em sociedade postula deveres de cada ser humano perante os demais seres humanos das atuais e futuras gerações.

Por fim, é possível responder à pergunta formulada no início da investigação da presente tese, ou seja, o reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental é passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento? A minha resposta, além de afirmativa, é no sentido de caracterizar esse dever de fornecimento de água como um dever fundamental do tipo conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável, reconhecido pelo ordenamento jurídico como fundamental (fundamentalidade material) pelo especial significado que esse dever tem para a comunidade.

6.3 A efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água potável

Este último tópico tem por objeto a verificação da efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água potável. Quanto ao significado do termo

efetividade, são necessários alguns esclarecimentos, porque se encontram registros na doutrina de uso indistinto de expressões como efetividade, eficácia, vigência, aplicabilidade, exequibilidade. Outras vezes, acham-se diferenças, no conceito geral de “eficácia jurídica”, de um lado, e “eficácia social” ou “efetividade”, de outro. É preciso distingui-los precisamente.

A “eficácia” do Direito pode ser vista sob dois prismas. O primeiro, da eficácia social, quando a conduta humana é praticada em observância à norma que é aplicada, ocorrendo a sua “efetividade”. Eficácia é a capacidade de a norma alcançar as finalidades estabelecidas. Eficácia jurídica significa a aptidão da norma para gerar efeitos jurídicos, de maior ou menor intensidade, de imediato, às relações jurídicas por ela reguladas e, assim, diz com a sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade.

Assim, “o alcance dos objetivos da norma constitui a sua efetividade. Essa é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, fala-se em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer”¹⁰⁰⁹. A norma pode ter eficácia jurídica e não ter eficácia social ou efetividade, porque não observada pela sociedade, a exemplo das regras que ao serem editadas revogam as anteriores sem que sejam cumpridas no âmbito social.

A “aplicabilidade”, para José Afonso da Silva, “significa qualidade do que é aplicável”¹⁰¹⁰. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. No sentido sociológico, diz respeito à sua eficácia social.

¹⁰⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

¹⁰¹⁰ SILVA, 2007, p. 13.

Em Portugal, encontram-se doutrinadores que utilizam o vocábulo “aplicabilidade” e, outros, “efetividade”, por exemplo, Gomes Canotilho¹⁰¹¹ refere-se ao termo “aplicabilidade”, enquanto que Vieira de Andrade utiliza o vocábulo “efetividade” como “uma questão do grau ou intensidade da sua real força normativa, medida pela capacidade do ordenamento jurídico-constitucional de assegurar a sua realização na vida comunitária”¹⁰¹².

Portanto, este trabalho, por se situar no campo da ciência jurídica e tratar do direito de acesso à água potável e de normas que instrumentalizam o dever de acesso, adota o termo “efetividade” com o significado de “alcance dos objetivos da norma”, diferenciando eficácia jurídica¹⁰¹³ de eficácia social ou efetividade.

Vimos que o exercício do direito de acesso à água potável comporta diversas formas, de acordo com o modelo de acesso, modelo clássico dos serviços públicos de abastecimento ou modelo das formas alternativas de acesso¹⁰¹⁴.

O direito de acesso à água potável exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento, amparado pelo princípio da “continuidade”, é regulado em normas infraconstitucionais. Há várias normas que expressam de forma amiúde as regras a serem observadas pelos prestadores do serviço; pela administração pública, na condição de poder concedente; pelos usuários, às vezes, equivocadamente, caracterizados como consumidores. Algumas dessas normas têm como finalidade precípua a garantia dos interesses econômicos, patrimoniais e, por vezes, os interesses da administração pública na condição de meros administradores, dessa forma, distanciando-se das pretensões da sociedade, ou seja, de que essas normas deveriam ser elaboradas para cumprir a finalidade de garantir e regular o exercício de um direito fundamental, objetivando a efetividade desse direito-dever.

¹⁰¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003, p. 1050-1054.

¹⁰¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª Ed., 2001, p. 253.

¹⁰¹³ Adota-se o termo eficácia jurídica com o significado de aptidão da norma para gerar efeitos jurídicos, de maior ou menor intensidade, de imediato, às relações jurídicas por ela reguladas.

¹⁰¹⁴ Tópico 2.1.1.

Nesse sentido, podemos citar algumas normas que visam essencialmente à garantia de interesses econômicos e que desprezam o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Dentre essas está a Lei nº 8.987¹⁰¹⁵, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e permite, no seu art. 6º, § 3º, a suspensão do fornecimento de serviço público. Outra norma que vai no mesmo sentido, é a Lei nº 11.445¹⁰¹⁶, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, sendo que no seu art. 40, inciso V, dispõe que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador quando ocorrer o inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, após a formalização de notificação.

Por minha opinião, o direito de acesso à água potável pode ser exercido independentemente do pagamento de tarifas nos casos em que se trate de pessoas pobres ou que não tenham condições econômicas. Nesse sentido, o reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável e do correlato dever fundamental de fornecimento de água deve ser prevalente em relação a qualquer espécie de direito econômico ou patrimonial. Por outro, penso que para aqueles que tenham condições de efetuar o pagamento das tarifas, o exercício de tal direito poderia ser condicionado ao pagamento pelo serviço de abastecimento.

O direito fundamental de acesso à água potável ao ser exercido por meio dos serviços públicos de abastecimento implica para o Estado o dever fundamental de fornecimento de água e algumas tarefas fundamentais. Portanto, independentemente de os serviços públicos de abastecimento serem prestados diretamente pelo Poder Público ou por delegação a particulares, algumas políticas públicas são imprescindíveis para a efetivação desse direito fundamental. É necessário, por um lado, a implementação de políticas públicas dirigidas a todas as fases do processo de abastecimento público de água

¹⁰¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

¹⁰¹⁶ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

potável, assim, políticas públicas dirigidas à reservação (reservatórios de água), ao tratamento, à distribuição (abastecimento em sentido estrito). Por outro lado, é também por meio de políticas públicas que o Estado pode dar efetividade ao direito fundamental de acesso à água potável concretizando a função de direito prestacional em sentido estrito (direito social).

Não resta dúvida de que existe uma clara conexão entre políticas públicas e direitos fundamentais. Indubitavelmente, conexão com todos os direitos fundamentais, como enfatiza Ingo Sarlet: “não apenas os direitos econômicos, sociais e culturais implicam políticas públicas, mas também os direitos habitualmente designados de individuais (...), já que para assegurar a efetividade de qualquer direito, não há como prescindir da alocação de toda uma gama de recursos públicos, de uma política de segurança, entre outras medidas que aqui se poderiam referir”¹⁰¹⁷. No entanto, esse estreito vínculo entre políticas públicas e direitos fundamentais não pode provocar a interpretação de que as duas categorias jurídicas se confundam¹⁰¹⁸.

Um bom exemplo de conexão entre direito fundamental social e políticas públicas é o direito à saúde. Esse é um direito-dever positivado na Constituição, nos artigos 6º¹⁰¹⁹ e 196¹⁰²⁰ e se consubstancia em serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Assim, sem efetuar a indubitável distinção, importa reconhecer que, tratando-se do direito de acesso à água potável, exercitável por meio de serviços públicos essenciais de abastecimento, não há como prescindir de políticas públicas, para concretamente efetivar esse direito fundamental social. Nesse mesmo sentido, é a constatação de Fabio Konder Comparato, quando aduz que: “Uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o

¹⁰¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 206.

¹⁰¹⁸ A distinção entre direitos sociais e políticas públicas é efetuada por QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 80.

¹⁰¹⁹ Constituição Brasileira. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰²⁰ Constituição Brasileira. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”¹⁰²¹.

Portanto, não cabe qualquer espécie de confusão entre políticas públicas e direitos fundamentais sociais. É preciso estar ciente de que o direito de acesso à água potável, quando gerar ao Estado um dever prestacional, prestação fática (prestações em sentido estrito) pode ser suprido por meio de políticas públicas. Um bom exemplo para essa circunstância está na implementação da proposta de Pedro Arrojo Agudo¹⁰²² de caracterizar como direito humano o consumo de 50 ou 60 litros de água potável por dia para cada pessoa, consequentemente com isenção de tarifas para consumos dessa ordem (mínimo necessário, conforme parâmetros da ONU) a todos os consumidores sem condições econômicas para suportar tal serviço essencial. Portanto, na observação e efetividade do direito fundamental social de acesso à água é possível que tal direito seja veiculado à políticas públicas.

No decorrer deste trabalho, verificou-se que, para caracterizar a fundamentalidade ou para configurar uma definição de direitos fundamentais, deve-se considerar simultaneamente a presença de alguns elementos, como: a) Direitos fundamentais são, preponderantemente, direitos humanos; b) Direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; c) Direitos fundamentais são direitos sujeitos à funcionalidade social. Assim, inegavelmente o acesso à água potável é um direito humano; é um direito essencial para a dignidade humana, e é, também, um direito sujeito à funcionalidade social porque incide na dimensão horizontal, caracterizando-se como um direito/dever de solidariedade.

A fundamentalidade (razão de ser) do direito de acesso à água potável como direito fundamental pode ser analisada sob a teoria de Alexy. Tal teoria consiste em que “os objetos dos direitos do homem devem tratar-se de interesses e carências que sejam tão fundamentais que a necessidade de seu

¹⁰²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

¹⁰²² AGUDO, Pedro Arrojo et al. *Lo público y lo privado en La gestión del agua: experiencias y reflexiones para El siglo XXI*. Madrid: *Ediciones de Oriente y del Mediterráneo*, 2005, p. 30.

respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito” ¹⁰²³. Portanto, o acesso à água potável é fundamental, eis que sua não satisfação pode significar grave sofrimento (fere a dignidade da pessoa humana); em algumas situações poderá atingir a autonomia do ser e; provocar até mesmo a morte.

Na concepção formal de Direitos Fundamentais, concordando com a definição de Robert Alexy¹⁰²⁴, de que os direitos fundamentais em sentido formal são todos os direitos positivados nas constituições como tais, verifica-se que o direito de acesso à água é direito fundamental no sentido formal apenas em constituições que assim o preveem.¹⁰²⁵

Já na concepção material de Direitos fundamentais, o direito de acesso à água potável é reconhecido como direito fundamental em Estados que adotam a cláusula de abertura constitucional aos direitos fundamentais¹⁰²⁶, como o Brasil, com o dispositivo constitucional do §2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, o processo de constitucionalização material autorizado por esse dispositivo constitucional considera o acesso à água potável como um direito materialmente fundamental¹⁰²⁷.

É minha convicção, reforçando as considerações esboçadas no capítulo 4, que o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável pode ocorrer por meio de múltiplas formas. O reconhecimento do direito de acesso à água potável como direito fundamental foi claramente

¹⁰²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, nota de rodapé nº 163.

¹⁰²⁴ ALEXY, 2008.

¹⁰²⁵ No tópico 3.3.2 são referidas algumas constituições que estabelecem ser o direito de acesso à água um direito fundamental, como as Constituições do Uruguai, Equador, Bolívia, África do Sul, Quênia e a República Democrática do Congo.

¹⁰²⁶ Além disso, a abertura do sistema dos direitos fundamentais pode funcionar por outras vias que não a da cláusula aberta. José de Melo Alexandrino conceitua essa “abertura” como “todo o conjunto de fenômenos por intermédio dos quais possam ser criados, relevados, alargados ou ampliados outros direitos fundamentais”, constituindo-se modalidades de abertura: a) A admissão de direitos fundamentais dispersos; b) A compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direito fundamentais formalmente constitucionais; c) A possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais (com apoio nas penumbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição); e) o próprio aditamento (emenda) expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional (ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 50).

¹⁰²⁷ Tema abordado no Tópico 4.1.

demonstrado, e pode decorrer da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, do sistema de direitos fundamentais, do regime democrático e dos princípios constitucionais. Também decorre da internalização dos tratados de direitos humanos.

Entendo que, dentre as várias possibilidades de reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental, aquela que merece ser destacada é a que deriva do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente, caracterizando-se, assim, como um direito fundamental implícito, em sentido estrito¹⁰²⁸. Indubitavelmente, o direito fundamental a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado pressupõe a garantia de água potável em quantidade adequada e de boa qualidade.

Ademais, a Constituição brasileira, ao definir no artigo 225 que os bens ambientais são de uso comum do povo, quis estabelecer que todos os bens ambientais (inclusive a água potável) são bens de uso comum, portanto bens que devem estar ao acesso de todos e, tratando-se de um bem vital, o seu acesso está relacionado com o princípio constitucional basilar do sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF). Assim, não deve pairar nenhuma dúvida de que o direito-dever de acesso à água potável é um direito fundamental (fundamentalidade material) e, ao mesmo tempo¹⁰²⁹, dever fundamental conexo ou correlato ao direito fundamental.

Verificamos, reafirmando o que escrevi no tópico anterior, que o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável gera, também, o reconhecimento de um dever fundamental de fornecimento de água potável, tanto nos serviços públicos de abastecimento como nas demais formas de acesso. Esse dever fundamental é do tipo conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável e se diferencia dos demais deveres por vincular substancialmente os seus titulares, por ser, na maior medida possível,

¹⁰²⁸ Convém lembrar a classificação que formulamos no tópico 4.1, dividindo as normas fundamentais implícitas em: 1) implícitas no sentido estrito ou implícitas propriamente ditas, que resultam de uma dedução das normas fundamentais expressas na Constituição, 2) implícitas decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais.

¹⁰²⁹ Tópico 6.2.

de aplicabilidade imediata e pela importância que representa para a comunidade.

No entanto, constatamos a falta de efetividade do direito/dever fundamental de acesso à água potável no momento em que analisamos a interrupção dos serviços públicos de abastecimento, no tópico 6.1. O corte dos serviços de fornecimento de água ocorre com facilidade quando normas que protegem interesses patrimoniais prevalecem sobre o direito fundamental de acesso à água potável.

Por minha opinião, é equivocada a postura dos tribunais brasileiros que consolidaram posição jurisprudencial no sentido de considerar aceitável a interrupção do fornecimento de água potável quando do inadimplemento do usuário desse serviço público. Da mesma forma, cometem o mesmo equívoco os doutrinadores que respaldam tal atitude. Não é diferente o equívoco do legislador que autoriza o corte do fornecimento de água mediante o comprovante do aviso de corte e do não pagamento da última tarifa. Portanto, essas constatações demonstram que o direito fundamental de acesso à água potável não está tendo efetividade (eficácia social) e por isso, torna-se imprescindível a aceitação da tese que defendo de que o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável deve gerar o reconhecimento, também, de um dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

Por fim, entendo que a efetividade desse direito, a ponto de produzir efeitos concretos na vida da comunidade, somente ocorrerá com a compreensão de todos, juristas ou não, da importância do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável. Nesse sentido, verifica-se que a fundamentalidade material do direito de acesso à água potável está vinculada à caracterização que recebe esse direito humano de ser reconhecido, não de forma expressa, mas implícita, pela Constituição brasileira, tendo em vista ser admitido como um bem ou uma situação jurídica dotada de suficiente relevância e essencialidade a ponto de merecer ou necessitar de uma proteção jurídica reforçada.

Portanto, a partir do reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental, é possível identificar que esse direito-dever fundamental, estreitamente relacionado à dignidade humana, deve ter um tratamento diferenciado em relação a outros direitos, até mesmo constitucionais, no sentido de ser tratado como norma superior às demais, em caso de conflito com outras normas, assim, nada impedindo que prevaleça esse direito fundamental não expresso.

Outra característica própria dos direitos fundamentais que deve ser estendida ao direito de acesso à água potável é a de que esse direito deve ficar indisponível para o Estado na sua função legislativa, ou seja, de não ser introduzido no ordenamento jurídico qualquer norma que contrarie o livre direito de acesso à água ou proíba a atuação estatal no sentido de garantir o acesso como direito social (prestação fática).

Ademais, o direito fundamental de acesso à água potável deve, na maior medida possível, vincular todos os destinatários, órgãos públicos ou particulares, à aplicabilidade imediata ou ao princípio da eficácia plena (art. 5º, § 1º da Constituição brasileira) quanto à garantia do acesso, inclusive, considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos de abastecimento.

Finalmente, convém ressaltar, mais uma vez, que o direito-dever fundamental de acesso à água potável preenche os requisitos para gerar os efeitos jurídicos pretendidos, portanto, reveste-se de eficácia jurídica. No entanto, a eficácia social, ou seja, a efetividade do direito-dever de acesso à água, notadamente, nos serviços públicos de abastecimento, não corresponde aos anseios da sociedade, por isso, é necessário que seja concretamente reconhecida a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e do dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento, tese aqui apresentada.

6.4 Considerações finais do capítulo 6

Neste último capítulo, o objetivo principal foi responder à pergunta formulada no início da investigação, elaborada da seguinte forma: o

reconhecimento do direito de acesso à água potável como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro é passível de gerar um dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento? A resposta afirmativa reforça a tese que defendo de que o dever fundamental de fornecimento de água potável é decorrente do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável.

Para atingir o objetivo inicialmente delineado, dividimos o capítulo em três partes. Na primeira parte abordamos o direito de acesso à água no Brasil e a interrupção dos serviços públicos de abastecimento, com a finalidade de verificar a aplicabilidade do direito fundamental de acesso à água nos serviços públicos de abastecimento. Na segunda parte do capítulo, analisamos o dever fundamental de fornecimento de água por meio dos serviços públicos de abastecimento, justificando a fundamentalidade desse dever pela importância que representa para a comunidade. Na última parte, analisamos a efetividade ou eficácia social do direito/dever fundamental de acesso à água potável.

Assim, podemos afirmar, de forma clara e inequívoca, que do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável deriva um dever fundamental de fornecimento, especificamente nos serviços públicos de abastecimento. Foi necessário demonstrar a pertinência da tese que defendo, adotando um conceito de serviço público adequado e compatível com a complexidade dos serviços de abastecimento e fornecimento de água potável.

Nesse sentido, serviço público de abastecimento pode ser definido como uma atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, sob o regime de direito público, para satisfazer necessidades essenciais da coletividade. Quanto à essencialidade, penso que os serviços públicos não podem ser classificados de forma rígida como essenciais e não essenciais, porque a essencialidade tem valorações variáveis dependentes de elementos diversos, necessitando da análise do caráter de essencialidade de cada serviço, sendo possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como os serviços de abastecimento e fornecimento de água potável.

O serviço público de abastecimento de água potável, por ser um serviço público essencial, vincula os prestadores à manutenção do serviço de forma intermitente (princípio da continuidade), implicando ao Estado o dever de garantir a todos o acesso à água potável. No entanto, essa obrigação tem sido menosprezada por conta das crises que atingem o Estado contemporâneo. É possível citar algumas crises dentre aquelas que estão relacionadas com os problemas que afetam os serviços públicos de abastecimento de água, como a crise estrutural do Estado vinculada ao *déficit* financeiro; a crise de ordem filosófica que consiste no abandono do solidarismo; a crise política com o seu *déficit* de democracia e o *déficit* de justiça ambiental.

As crises que afetam o Estado brasileiro estão imbricadas com as normas que garantem o direito de acesso e as normas que autorizam a interrupção dos serviços públicos de abastecimento. Ao analisarmos as normas do ordenamento jurídico brasileiro que regulam os serviços públicos de abastecimento, verificamos que o direito de acesso é assegurado por um conjunto de princípios e regras. Dentre os vários princípios relacionados ao direito de acesso, podemos destacar os princípios da continuidade e da universalidade. O primeiro indica que a prestação do serviço público deve ser contínua, portanto, sem suspensão ou interrupção; o segundo dispõe que o serviço deve ser indistintamente aberto à generalidade do público, isto é, o seu oferecimento deve ser igual para todos. As regras que reconhecem o direito de acesso e ao mesmo tempo autorizam a suspensão dos serviços de abastecimento estão dispostas em leis federais, destacando-se a Lei do “Saneamento Básico”.

Antes da instituição dos serviços públicos de abastecimento, o acesso à água ocorria pelo instituto do “uso comum” em que o indivíduo deveria ir até o reservatório de água para se abastecer. A evolução para o sistema atual provocou mudança de função do direito de acesso à água potável; no “uso comum” preponderava a função de direito de defesa, com o Estado se abstendo de reger, no sentido de limitar ou restringir o acesso à água potável, enquanto que no sistema de serviços públicos o acesso passa a ser um dever de prestação do Estado, originando um direito a prestações. Dessa forma, o serviço público de abastecimento de água potável, ao possibilitar a efetividade

do direito fundamental de acesso a um bem imprescindível, além de ser uma tarefa vinculada à finalidade do Estado, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

Por tudo isso, considerando, ainda, tratar-se de um serviço público essencial, é difícil aceitar exceções ao princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água potável. No entanto, a possibilidade da interrupção do abastecimento de serviços essenciais é permitida expressamente pela legislação brasileira, ao dispor que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador na hipótese de inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, após notificação formal.

Face à fundamentalidade reconhecida do direito de acesso à água potável, entendo que as normas que autorizam a interrupção dos serviços de abastecimento de água por inadimplência do usuário são inconstitucionais. Além disso, penso que estão equivocados os doutrinadores que admitem a interrupção sob o argumento de que a continuidade na prestação do serviço deve ser visualizada do ponto de vista coletivo, porque o não pagamento de alguns implica indevido ônus para os adimplentes ou de que a própria continuidade dos serviços depende dos recursos provenientes do pagamento ou, ainda, de que o não pagamento, sem a interrupção, levaria ao enriquecimento sem causa dos inadimplentes.

Por minha perspectiva, o princípio da continuidade pressupõe a não interrupção dos serviços considerados essenciais, por esses serem imprescindíveis, sendo a interrupção passível de provocar consequências nefastas que atingem a dignidade humana. Além disso, o destinatário principal do serviço público de abastecimento de água potável é a pessoa humana, nesse sentido, mesmo que os serviços de abastecimento sejam geridos para atender a coletividade, de forma universal, é o indivíduo que, efetivamente, exerce o direito de acesso à água potável. Por fim, a inadimplência normalmente é por decorrência da falta de condições financeiras, sendo que o não pagamento não pode ser associado a qualquer espécie de enriquecimento.

A principal objeção que apresento em relação à legislação que autoriza a interrupção dos serviços de abastecimento de água potável é a de que, na

elaboração dessas normas, preponderaram os interesses econômicos sobre os interesses sociais e de que essas regras afetam o direito fundamental de acesso à água, limitando esse direito fundamental para priorizar questões de ordem econômica.

São recorrentes as decisões dos tribunais brasileiros afirmando a legalidade na suspensão do fornecimento de água potável quando precedido de entrega de aviso de corte, desde que a interrupção pressuponha conta regular em atraso e não conta relativa a débitos antigos. Pela análise jurisprudencial verificamos certas contradições e incoerências que convém ser lembradas. Há julgados que utilizam justificativas coerentes pela impossibilidade de corte do fornecimento quando se refere a débitos pretéritos, no entanto, tais razões não são mencionadas quando a interrupção é autorizada em relação a débitos atuais. Há, também, decisão em que o relator manifesta entendimento no sentido de que o corte do fornecimento de água, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, no entanto, em nome da jurisprudência uniformizadora, o relator indica a legalidade do corte de abastecimento.

Portanto, pelas objeções que faço às posições dos doutrinadores, às legislações que autorizam a suspensão do fornecimento de água, à jurisprudência dominante que aplica tais regras, permanece claramente demonstrada a relevância da tese por mim defendida. Reconhecer a existência de um dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento, e mais, identificar que se trata de um dever fundamental correlato ao direito fundamental de acesso à água potável é importantíssimo para que, concretamente na vida da comunidade, o direito humano de acesso à água não fique desamparado pela ordem jurídica.

Assim, para analisar se o dever de fornecimento de água potável é, ou não, dever fundamental, adotamos uma concepção própria de dever fundamental, considerando o sistema constitucional brasileiro, principalmente o fato de direitos e deveres fundamentais na Constituição Brasileira terem tratamento similar.

Mesmo considerando que a doutrina constitucional brasileira tem sido omissa no desenvolvimento do tema 'deveres fundamentais', é inegável que há uma preocupação por esse assunto, principalmente por implicar respeito aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.

Entendo que o regime jurídico adotado em nossa Constituição para os deveres fundamentais se diferencia levemente do aplicável aos direitos fundamentais. Em nossa Constituição há poucos dispositivos sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais, um deles é o que define os direitos fundamentais como normas autoaplicáveis, sendo que somente em algumas situações os deveres fundamentais terão aplicabilidade imediata como ocorre, por exemplo, com os deveres de natureza política, com os deveres sociais como o dever fundamental de promoção e defesa da saúde e com os deveres de proteção e preservação ambiental.

Por minha observação, constatei que ocorre com os deveres fundamentais o mesmo que se verifica com os direitos fundamentais que apresentam algumas características que os diferenciam dos demais direitos. Vimos que os direitos fundamentais se diferenciam dos demais em quatro aspectos: autoaplicabilidade; superioridade em relação aos demais; vinculam substancialmente todos os órgãos do poder público e, na sua grande maioria, são cláusulas pétreas imunes às decisões de maioria legislativa. Com os deveres fundamentais é possível indicar, além da aplicabilidade imediata, as características da superioridade dos deveres fundamentais em relação aos demais e da vinculação substancial de seus titulares, não sendo possível caracterizar os deveres fundamentais como cláusulas pétreas.

Convém fazer referência, ainda, à fundamentalidade material dos deveres fundamentais, lembrando que, se os direitos fundamentais recebem proteção reforçada pelo fato de serem direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana e por serem importantes também para a sociedade (exercem uma função social), os deveres fundamentais também devem ser assim caracterizados, não simplesmente pela mera formalidade de estarem expressos no texto constitucional, mas pela importância substancial que representam para a sociedade.

Assim, a partir dessa compreensão, foi possível formular o seguinte conceito de deveres fundamentais: são deveres jurídicos de pessoas (individuais ou coletivas), expressos na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico como fundamentais (fundamentalidade material), de natureza pessoal, política, social, econômica, cultural e ambiental, diferenciando-se dos demais deveres pela aplicabilidade imediata, por vincularem substancialmente seus titulares e pela importância que representam para a sociedade. Pela classificação que adotamos, os deveres fundamentais são de duas espécies: os deveres conexos ou correlatos aos direitos fundamentais que tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente; os deveres fundamentais autônomos que dispõem de um conteúdo constitucional totalmente excluído de específicos direitos fundamentais.

Portanto, entendo que o dever de fornecimento de água potável por meio dos serviços públicos de abastecimento é um dever fundamental do tipo conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. É dever fundamental por ser dever jurídico de pessoas coletivas (Estado ou empresa prestadora dos serviços de abastecimento), reconhecido pelo ordenamento jurídico como fundamental (fundamentalidade material) por se diferenciar dos demais deveres quanto à vinculação substancial que resulta para os titulares dos serviços de abastecimento, pela aplicabilidade imediata e pela importância que representa para a sociedade.

Por fim, na última parte do capítulo, analisamos a falta de efetividade do direito/dever fundamental de acesso à água potável, concluindo que, pela facilidade com que os serviços públicos de abastecimento de água potável são interrompidos, com o respaldo da doutrina, da jurisprudência e da legislação em vigor, justifica-se a aceitação da tese que defendo de que do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável decorre o dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento. Portanto, é necessário o reconhecimento da eficácia jurídica do direito/dever fundamental de acesso à água potável para que ocorra a eficácia social, ou seja, a efetividade concreta na vida da comunidade, para que esse direito-dever fundamental, vinculado à finalidade do Estado e essencial para a

coletividade, exerça uma função social garantindo respeito à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

De tudo ficaram três coisas:
A certeza de que estamos começando,
A certeza de que é preciso continuar e
A certeza de que podemos ser
interrompidos antes de terminar.
Fazer da interrupção um caminho novo,
Fazer da queda um passo de dança,
Do medo uma escola,
Do sonho uma ponte,
Da procura um encontro,
E assim terá valido a pena existir!
(Fernando Sabino)

A investigação restringiu-se à análise dos fundamentos do direito de acesso à água potável. Constatou-se que a água potável, pela importância que tem para a manutenção da vida e por ser um bem ambiental de extrema relevância, deve ser protegida pelo direito para assegurar os interesses e carências (de acesso) das atuais e futuras gerações, frise-se das gerações do hoje e do amanhã.

O tema desta pesquisa, “a fundamentalidade do direito de acesso à água potável e o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento”, foi definido a partir da constatação de que o acesso à água é uma necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica.

Dessa forma, o **problema** de pesquisa da tese foi assim elaborado: O reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental é passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento?

Com o desenvolvimento da pesquisa, estruturada em seis capítulos, confirmou-se de forma absoluta e plena a hipótese delineada, portanto, a **tese** de que **o acesso à água potável é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental passível de gerar um dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento**. Essa tese tem como premissas as **conclusões** obtidas a partir dos objetivos específicos traçados em cada um dos capítulos, e do objetivo geral delineado no último capítulo.

No **capítulo 1**, os objetivos delineados foram no sentido de: verificar o conceito de água potável e as classificações quanto à forma e quanto ao uso; verificar a importância da água potável; verificar o conceito de bem ambiental e as características da água potável como bem ambiental de domínio público e de uso comum do povo; apresentar o entendimento contemporâneo referente ao direito de propriedade sobre os recursos hídricos e a tese da água potável como patrimônio comum da humanidade. As conclusões são as enumeradas a seguir:

1) A definição de água potável, de forma clara e objetiva, considerando as distinções entre água doce, salobra e salgada e entre água potável e não potável, é relevante para a compreensão da tese apresentada. O conceito adotado é o de que 'água Potável' é aquela que reúne características necessárias para ser consumida sem importar qualquer risco à saúde e ao bem estar dos seres humanos. Portanto, é aquela que apresenta determinada condição, relacionada à qualidade, própria para o consumo do ser humano. Assim, deve estar livre de qualquer tipo de contaminação, e ser oriunda de uma fonte natural ou artificial, como nascentes, poços, estação de tratamento, etc.

2) Quanto à forma, a água pode ser encontrada na Natureza sob a forma de mares, rios, lagos, chuva, aquíferos, lençóis freáticos, nuvens, nevoeiro, orvalho, neve, geada, granizo e tantas outras formas. Uma classificação intensamente utilizada é a classificação das águas quanto à forma em que se encontram disponíveis para os diversos usos, sendo as principais as águas superficiais e as subterrâneas; no entanto, outras formas também podem proporcionar o uso desse importante recurso, como as águas da chuva e as águas em forma de vapor.

3) Quanto ao uso, as águas podem ser classificadas em usos consuntivos e não consuntivos. Os primeiros são aqueles que retiram a água de seus mananciais, através de captações ou derivações, e apenas parte dessa água retorna às suas fontes de origem. Portanto, o abastecimento humano é um exemplo de uso

consuntivo. São, ainda, exemplos: a agricultura irrigada, a dessedentação de animais e o abastecimento industrial. Já os usos não consuntivos são aqueles que utilizam a água em seus próprios mananciais sem haver necessidade de retirá-la ou, que após captada, fazem-na retornar integralmente a seus mananciais. Exemplos: a pesca, a navegação fluvial, a geração de energia elétrica, o lazer e a recreação.

4) A água potável é reconhecida como de fundamental importância por ser um bem ambiental vital; por conseguinte, deve receber a proteção do direito para assegurar às atuais e às futuras gerações a garantia da manutenção da vida e, para tanto, é necessário que seja tratada como um bem de uso comum de todos.

5) O bem ambiental 'água potável' é considerado no ordenamento jurídico brasileiro um bem de domínio público. Sendo minoritária a posição doutrinária que tem o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados. Prepondera a defesa de ser o bem ambiental água potável espécie do gênero bem público de uso comum do povo.

6) A consequência principal da caracterização da água como bem de uso comum do povo é a garantia de que o acesso à água potável deve ser um direito protegido pelo Estado para que todos possam exercer esse direito, acessando água de qualidade e em quantidade adequada.

7) A partir da vigência das normas constitucionais que determinaram a dominialidade pública das águas e da definição da água e dos demais bens da natureza como bens ambientais, ocorreu a superação da legislação que previa, na classificação das águas, a espécie águas particulares. Essa mudança é significativa em relação à propriedade sobre os recursos hídricos fazendo com que ficasse nítida a opção do sistema jurídico brasileiro pela

dominialidade pública dos recursos hídricos. O que reforça a interpretação de que a água deve ser tratada como um bem ambiental não passível de apropriação por particulares e que o Estado deve figurar apenas como o gestor desses recursos, que são de uso comum de todos.

8) Diante do presente contexto e da realidade assustadora que clama por mudanças, no sentido de proteger os bens ambientais para viabilizar a manutenção da vida, surgem diversas teses, ideias e teorias. A alternativa da caracterização da água potável como patrimônio comum da humanidade é a opção mais coerente, sendo que a teoria de caracterizar a água como bem ambiental fundamental deve ser descartada por ser exageradamente positivista.

9) A teoria rejeitada defende que os bens fundamentais são assumidos eles próprios como objeto de garantia, em acréscimo aos respectivos direitos fundamentais, através da introdução de proibições de sua lesão ou de obrigações de sua prestação. Essa teoria faz a defesa de que às cartas e convenções, internacionais e constitucionais, deveriam acrescentar-se Cartas constitucionais e Cartas internacionais dos bens fundamentais, como garantia dos bens personalíssimos e dos bens comuns, para impor limites rigorosos ao mercado e, por outro lado, vincular o poder público para garantir o acesso aos bens sociais.

10) Portanto, a nossa discordância em relação à teoria dos bens fundamentais é de que não há necessidade de instituir uma lista de bens fundamentais que devam ser especialmente protegidos para garantir a efetividade do direito fundamental correspondente, pois basta o reconhecimento substancial de que alguns bens são realmente fundamentais, incluindo nesse sentido a água potável, para que o direito fundamental seja efetivado. Por outro lado, é imprescindível considerar a água potável como patrimônio comum da humanidade para que as gerações do

presente e do futuro tenham a possibilidade de exercer o direito de acesso a esse bem que é fundamental para a manutenção da vida.

11) A água, como um patrimônio vital comum da humanidade, não pode ser objeto de transações comerciais tradicionais e de aquisição por parte de investidores. O fundamento da água como um bem patrimonial comum sustenta-se no fato de que o uso e a conservação da água são resultado da história humana, com seu legado de conhecimento, práticas, instrumentos e organizações com base nos quais nenhum indivíduo pode reivindicar direitos de propriedade. O sujeito primário do patrimônio comum da água é, assim, a comunidade humana mundial.

12) Assim, se não ocorrerem mudanças quanto ao tratamento dispensado aos recursos escassos como a água potável, seja pela caracterização de patrimônio comum da humanidade seja pela aceitação de outra tese com a mesma finalidade, não há como garantir um futuro de vida para todos os humanos e outros seres da comunidade de vida.

No **capítulo 2**, os objetivos planejados foram de: analisar o direito de acesso à água potável; verificar as formas de acesso, principalmente aquelas mais utilizadas que são as dos serviços públicos de distribuição e abastecimento de água potável; apontar as normas do ordenamento jurídico brasileiro relacionadas ao acesso à água potável; verificar o acesso à água potável nos outros ordenamentos jurídicos, para apontar alguns Estados que já constitucionalizaram o direito de acesso à água. Como conclusões desse capítulo, têm-se:

13) O direito de acesso à água potável pode ser exercido por diversas formas. A forma mais conhecida é pelo “sistema clássico de serviços públicos de abastecimento”, também denominado “sistema de abastecimento de água para consumo humano”, que consiste em instalação composta por conjunto de obras civis, materiais e equipamentos, conjunto esse destinado à produção e à

distribuição canalizada de água potável para populações, sob responsabilidade do poder público, mesmo que administrado em regime de concessão ou permissão.

14) O serviço público de distribuição e abastecimento de água potável e o direito de acesso à água estão intrinsecamente vinculados. É exatamente por meio de serviços públicos de abastecimento de água potável que se exerce, preponderantemente, o direito de acesso à água.

15) Outras formas de acesso ocorrem por meio do 'sistema alternativo de abastecimento' com soluções alternativas de abastecimento de água potável para o consumo humano, formas essas que podem ser definidas como: toda modalidade de abastecimento individual ou coletiva distinta do sistema clássico, incluindo, entre outras, fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva.

16) Em muitas situações, a água captada pela população, por meio de soluções alternativas, não é adequada para o consumo humano, por isso torna-se imprescindível o emprego de alguma técnica de tratamento. Contudo, diferentemente do sistema clássico de abastecimento de água, as soluções alternativas não necessariamente estão sob a responsabilidade do poder público, o que é motivo para preocupação, tendo em vista que é a população mais carente, residente em zonas rurais mais afastadas, que é a principal afetada nessa situação de inefetividade do direito de acesso à água potável.

17) O direito de acesso à água potável pode ser facilmente compreendido quando se fala em uso doméstico. É nesse caso que, preponderantemente, os indivíduos têm contato com a água que irão consumir para satisfazer suas primeiras necessidades de vida. Incluem-se em tal categoria de uso a dessedentação, a alimentação e a higiene pessoal.

18) Antes da implementação do abastecimento populacional por meio dos denominados serviços públicos, o acesso à água se efetivava pelo denominado instituto jurídico do uso comum, com o ato de ir até o poço, lago ou rio para se abastecer. Portanto, ocorreu uma evolução no direito de acesso, do “uso comum” (existente naquele período do “ter que ir até o reservatório de água para se abastecer”) até o “serviço público de abastecimento” (com o receber a água nas próprias residências ou locais de trabalho por meio dos serviços de distribuição e abastecimento).

19) No Brasil o serviço de abastecimento de água potável tem o regime jurídico e marco regulatório definido na Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007. Portanto, a partir da interpretação do conjunto de regras e princípios que integram o marco regulatório dos serviços de abastecimento de água, é possível identificar o direito de acesso à água potável.

20) As normas que regulam o direito de acesso e dispõem sobre o saneamento básico e os serviços públicos de abastecimento de água, numa dimensão objetiva, é que propiciam a interpretação de que há efetivamente um direito subjetivo de acesso à água potável. Esse direito subjetivo pode ser exigível judicialmente, decorrendo, dessa forma, a obrigação para o Estado de formular política pública na qual sejam adotados parâmetros que garantam o atendimento dos serviços de abastecimento de água, especialmente quanto à quantidade mínima e quanto aos padrões de potabilidade.

21) O direito de acesso à água potável resulta, portanto, da constatação de que o acesso à água é uma pretensão jurídica significativa e, ao mesmo tempo, necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica.

22) O direito de acesso à água potável, numa dimensão objetiva, pode ser compreendido como um encargo, prestação ou

tarefa de responsabilidade dos poderes públicos, ou seja, dever de fornecimento de água e de adoção de políticas públicas. Já numa dimensão subjetiva é posição jurídica protegida, pretensão capaz de gerar a exigência de fornecimento de água, ou seja, direito subjetivo vinculado ao respeito e à promoção da dignidade humana.

23) No ordenamento jurídico brasileiro, para o direito de acesso à água potável ser claramente compreendido, é necessário analisar normas constitucionais e infraconstitucionais, desde o tratamento que o meio ambiente e as águas receberam do constituinte, passando pela definição do ambiente saudável como direito fundamental até a divisão de competências entre os entes federados. Na legislação brasileira inúmeras são as normas de proteção e gestão das águas; além das Leis da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Saneamento Básico, há leis, decretos, resoluções e regulamentos relacionados ao direito de acesso.

24) Os Estados têm positivado o direito de acesso à água com distintas hierarquias normativas e distintos conteúdos, contemplando na forma expressa ou de maneira implícita a existência de um direito subjetivo de acesso à água para o consumo humano, por vezes fazendo menção a um direito fundamental de acesso a um serviço público essencial, em outras situações fazendo constar de forma genérica o direito à água.

25) Há Estados que constitucionalizaram o direito de acesso à água potável, incluindo-o no rol dos Direitos Fundamentais expressos em suas constituições, a exemplo do Uruguai, Equador, Bolívia, México, África do Sul, Congo, dentre outros. Há também Estados que não têm em suas constituições, de forma expressa, a previsão desse direito como fundamental. No entanto, nesses casos, a fundamentalidade desse direito pode ser analisada a partir da denominada cláusula de abertura aos direitos fundamentais, como ocorre com o Brasil, por conta do dispositivo constitucional do §2º do artigo 5º.

No **capítulo 3**, os objetivos traçados foram de: conceituar e apresentar alguns aspectos relacionados ao conceito de direitos fundamentais; analisar a caracterização dos Direitos Sociais e do Direito ao Ambiente como fundamentais, e, por fim, analisar os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental. Assim, as conclusões exercem uma função de premissas e referencial teórico da tese:

26) A complexidade do tema “Direitos Fundamentais” é aflorada quando se tenta conceituar tais direitos. A definição de direitos fundamentais guarda relação estreita com uma ordem constitucional específica, por isso qualquer tentativa que tenha como finalidade a apresentação de um conceito com validade universal poderá não ser compatível com o sistema jurídico de determinado Estado.

27) É possível afirmar que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, Direitos Fundamentais são posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente, expressas na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais (fundamentalidade material), estruturadas na forma de princípios e regras, que exercem funções tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações, tendo como finalidade precípua a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder e com o resguardo e promoção da dignidade humana.

28) Os direitos sociais se revestem de fundamentalidade por serem dotados de suficiente relevância e essencialidade a ponto de terem, como os demais direitos fundamentais, uma proteção reforçada em relação às demais normas constitucionais; de imporem vínculos de observação obrigatória aos órgãos públicos e, na medida do possível, a todos os particulares; de não ficarem disponíveis às majorias eventuais no caso das alterações constitucionais.

29) O direito ao ambiente, no ordenamento jurídico brasileiro, está interconectado com o direito de acesso à água potável. Essa conexão é evidenciada na previsão de que o meio ambiente com todos os seus bens ambientais (água, ar, etc.) é alçado à condição de direito fundamental. O direito ao meio ambiente é um exemplo de direito fundamental como um todo, ou um direito fundamental completo, na medida em que representa um conjunto de situações diferentes vinculadas à tutela de direitos fundamentais.

30) O direito ao ambiente como direito fundamental pode corresponder a diversificadas situações, dentre elas, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).

31) Para caracterizar um direito como fundamental ou para justificar a definição de direitos fundamentais adotada nesta tese, devem ser considerados, na maior medida possível de forma simultânea, alguns fundamentos, como: 1º) Direitos Fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; 2º) Direitos Fundamentais são direitos que exercem uma função social e 3º) Direitos Fundamentais são, preponderantemente, direitos humanos.

32) Quanto ao primeiro fundamento é preciso ter presente que o Estado, ao não garantir o exercício de determinado direito fundamental, desrespeita ou desconsidera o princípio da dignidade humana.

33) O segundo fundamento, da função social que exercem os direitos fundamentais, diz respeito a uma constatação crítica de que

os direitos, para serem alçados à condição de fundamentais, devem ser importantes, também, para a sociedade, pois se vive num mundo onde o ser humano não pode ser considerado sem o contexto em que vive e o individualismo deve ser visto como algo do passado. As liberdades individuais que eram interpretadas como as únicas merecedoras de destaque e prestígio, agora, são acompanhadas de outras posições jurídicas ou direitos que estão no mesmo nível de reconhecimento. Importa, ainda, ressaltar que não pode haver supremacia do interesse individual, nem do coletivo, mas uma necessária relação de complementaridade.

34) O terceiro fundamento, de que os direitos fundamentais devem representar, de forma preponderante, direitos humanos transformados em direito constitucional, depende da caracterização de fundamentalidade dos direitos humanos. Essa fundamentalidade pode ser identificada da seguinte forma: os objetos dos direitos do homem devem tratar de interesses e carências que sejam tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. Assim um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação possa significar: 1º - “a morte” (relacionado ao direito à vida); 2º - a perda da “autonomia do ser”, (relacionado às liberdades de locomoção, opinião, etc.) e; 3º - “grave sofrimento”, (fere a dignidade da pessoa humana).

35) Os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental devem ser analisados tanto no aspecto da fundamentalidade formal como no da substancial ou material. A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais consiste no reconhecimento, definido pelo constituinte, de que determinado direito humano deve ter um tratamento diferenciado em relação aos outros direitos. A fundamentalidade material dos direitos fundamentais está relacionada com a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, ou seja, são direitos dotados de suficiente relevância e essencialidade, inseparáveis da própria noção de

pessoa, constituindo a base jurídica da vida humana, notadamente na garantia da dignidade inerente ou conquistada por todos.

36) Portanto, o direito de acesso à água potável deve ser definido como um direito fundamental pela constatação de que estão presentes os fundamentos que justificam a sua fundamentalidade, especificamente, por se tratar de um direito essencial ao resguardo e à promoção da dignidade humana, ao mesmo tempo, por ser um direito que exerce uma função social e, por fim, um direito humano que tem a sua fundamentalidade reconhecida.

37) O conceito adotado para direitos fundamentais é claramente aplicável ao direito de acesso à água potável. Esse direito tem, também, a sua fundamentalidade reconhecida por decorrer do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, além de estar vinculado aos direitos sociais, principalmente, à função prestacional, o que reforça a tese de que o dever de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento deriva do reconhecimento desse direito como fundamental.

No **capítulo 4**, os objetivos traçados foram de: Analisar as múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, verificando o reconhecimento desse direito como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro a partir da cláusula de abertura constitucional, especificamente, a partir do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente, dos tratados internacionais de Direitos Humanos, do regime democrático e dos princípios constitucionais. Como conclusões desse capítulo, têm-se:

38) No Estado brasileiro, o direito de acesso à água potável, por não ser, ainda, uma norma de direitos humanos transformada em norma de direito constitucional (fundamentalidade formal), é tratado como norma que deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico, por meio da cláusula aberta aos direitos fundamentais,

como equivalente ou equiparada às constitucionais (fundamentalidade material).

39) A “cláusula aberta”, também denominada de ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos da atual Constituição Brasileira, admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não expressos, não escritos ou não enumerados). Assim, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

40) É possível dividir as normas de direitos fundamentais, previstas ou reconhecidas pela Constituição brasileira, em quatro grupos: 1) Expressas ou escritas na Constituição: (a) no catálogo dos direitos fundamentais; (b) fora do catálogo e dispersas no texto constitucional; 2) Expressas ou escritas fora da Constituição: (a) nas Emendas Constitucionais; (b) nos tratados de Direitos Humanos internalizados pelo Art. 5º, § 3º; 3) implícitas: (a) implícitas no sentido estrito ou implícitas propriamente ditas, que resultam de uma dedução das normas fundamentais expressas na Constituição, (b) implícitas decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais; 4) expressas ou implícitas nos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com Art. 5º, § 2º.

41) Tal classificação é adotada no sentido de facilitar a identificação de quais normas são ‘formal e materialmente fundamentais’ (grupos 1 e 2) e quais são ‘só materialmente fundamentais’ (grupos 3 e 4). Além disso, são facilmente identificadas como normas que têm a fundamentalidade reconhecida a partir da cláusula de abertura constitucional aquelas classificadas nos grupos 3 e 4.

42) O reconhecimento de um determinado direito como fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional pode ser denominado de processo de constitucionalização material de direitos fundamentais. Esse processo consiste em considerar direitos (de acordo com o significado e conteúdo) como autênticos direitos fundamentais, sem, necessariamente, estarem expressos no texto da Carta Magna; implica terem esses direitos um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais.

43) O reconhecimento de novos direitos como fundamentais, a partir da cláusula de abertura constitucional, seja como direitos fundamentais implícitos propriamente ditos (em sentido estrito), seja como decorrentes do regime e dos princípios, ou, ainda, como decorrência de direitos humanos previstos em tratados internalizados pelo Estado Brasileiro, somente ocorre após uma correta justificação da fundamentalidade de cada um desses novos direitos. Essa justificação é resultado da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais já expressos ou dos fundamentos do regime e dos princípios, sempre guardando uma relação estreita com o conteúdo do texto constitucional.

44) Os Direitos fundamentais implícitos em sentido estrito são aqueles definidos como direitos outorgados por normas que podem ser deduzidas daquelas normas diretamente estatuídas no rol dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional. A norma que garante o direito de acesso à água potável pode ser deduzida do dispositivo constitucional que dispõe sobre o direito ao meio ambiente, previsto no *caput* do artigo 225, da Constituição Brasileira.

45) No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é possível identificar o direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito, em sentido estrito. A fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado guarda relação direta com a quantidade mínima necessária e a qualidade da água

como elementos essenciais para que o homem desenvolva todas as suas potencialidades e consiga viver num ambiente social e ecologicamente equilibrado.

46) Portanto, da multiplicidade de formas de reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito, a forma principal de reconhecimento é a que deduz do direito fundamental ao ambiente o direito de acesso à água. Essa convicção é derivada da constatação de que o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é o direito fundamental que abarca na dimensão objetiva um amplo leque de tarefas e obrigações para o Estado, notadamente as obrigações de respeitar, proteger e realizar. Já na dimensão subjetiva compreende inúmeras posições jurídicas subjetivas que necessitam ser garantidas para que a dignidade humana seja respeitada, incluindo-se o acesso à água potável.

47) O reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental que decorre dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro é verificado a partir da cláusula de abertura constitucional. Dentre os vários tratados e convenções internalizados pelo Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um dos documentos internacionais que contêm disposições que justificam a caracterização do direito de acesso à água como fundamental.

48) A Assembleia Geral da ONU aprovou em 2010 a Resolução A/RES/64/292 que declara o acesso à água e ao saneamento um direito humano essencial para se gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos. Não há dúvidas de que a vinculação do Estado brasileiro a essa resolução vai além do compromisso moral por tê-la aprovado, com o registro do voto pela aprovação da representação brasileira junto à Assembleia Geral da ONU, pois, como Estado integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), tem o dever jurídico de

cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Direito Internacional.

49) O direito de acesso à água potável, para ser identificado como um direito fundamental decorrente do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição Brasileira, necessita, também, de uma fundamentação correta de sua existência. Uma norma implícita de direito fundamental é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais. Nesse sentido, a existência de princípios que norteiam a Constituição Federal brasileira, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade, dentre outros, garantem fundamentos racionais para se considerar o acesso à água potável como um direito materialmente fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

50) É necessário reconhecer que passa a ser dever do Estado garantir as prestações materiais mínimas daquilo que se compreende como mínimo existencial social, cultural e ambiental. O mínimo existencial, na condição de direito-garantia vinculado ao direito de acesso à água potável, não pode ser reduzido a um objeto previamente fixado, muito menos a uma quantidade genericamente determinada de água, no sentido de uma quantidade pré-estabelecida como ideal. Isso porque a definição do que integra o mínimo existencial depende de fatores relacionados às condições pessoais do titular do direito, além daqueles de ordem social, cultural, econômica e ambiental.

51) Assim, o direito de acesso à água potável, reconhecido como direito fundamental a partir da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, do sistema de direitos fundamentais, do regime democrático e dos princípios constitucionais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e do princípio da igualdade, justifica-se como

realmente fundamental pela relação com a finalidade de proteção à dignidade das pessoas.

52) Portanto, múltiplas são as formas de reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, seja a que decorre do conteúdo de outros direitos fundamentais como o direito fundamental ao meio ambiente; seja a que deriva dos tratados de direitos humanos ou do regime democrático e dos princípios constitucionais. Das múltiplas formas de reconhecimento, a principal é aquela que reconhece o direito de acesso à água potável como direito fundamental por decorrência do conteúdo do direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

No capítulo 5, os objetivos traçados foram de: verificar a configuração jurídica e a multifuncionalidade do direito fundamental de acesso à água potável, analisando o reconhecimento de um novo direito fundamental, sua estrutura, fontes e dimensões jurídico-objetivas e jurídico subjetivas; abordam-se, ao final, as funções de direito de defesa e de direito a prestações do direito fundamental de acesso à água potável. Como conclusões, têm-se:

53) O alerta, já conhecido, é de que se deve ter cautela no reconhecimento de novos direitos fundamentais e de que, antes de incluir um novo direito no ordenamento jurídico, é necessário verificar se já não existe um direito fundamental mais amplo e geral que abranja o conteúdo ou o âmbito de proteção do novo direito. Indubitavelmente, se há um direito reconhecido pela Constituição como fundamental, que proteja uma esfera de liberdade maior, todas as liberdades abrangidas por essa maior, também estarão protegidas pelo mesmo direito, não sendo necessário um direito fundamental de defesa específico. No entanto, tratando-se de direito fundamental social, em que se requer do Estado uma atuação positiva, de garantir prestações fáticas ou jurídicas, não se tem a garantia de que um direito fundamental não expresso ou

implícito, que decorra de um outro direito formalmente fundamental ou de princípios constitucionais seja efetivamente considerado.

54) Ademais, ao se considerar apenas que esse direito integra o conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional (como o direito ao ambiente) poderia ocorrer com facilidade a inobservância do “dever ser” de fornecer água potável, porque trata-se de serviços públicos, portanto, direito social facilmente relativizado. Infelizmente, por conta das crises que assolam o Estado contemporâneo, os direitos sociais têm tido um tratamento diferenciado em relação aos direitos de defesa (liberdades). É nesse sentido que, por exemplo: o direito de ‘assobiar’, integrante do conteúdo da liberdade de expressão, não necessita do reconhecimento como um novo direito fundamental para ter efetividade, porque não se exige, de forma preponderante, dos seus destinatários (Estado e particulares) ações positivas (prestações) e, sim, ações negativas (prepondera a função de direito de defesa), basta a abstenção do destinatário da norma para que o direito de expressão (como ação de assobiar) seja efetivado.

55) Sem dúvida, num contexto em que prepondera o positivismo jurídico exacerbado e a hermenêutica tradicional, o ideal seria que o direito de acesso à água potável estivesse formalmente positivado na Constituição brasileira, assim como está nas Constituições do Uruguai, Bolívia e Equador. Tudo isso, para que não ocorra mais a sonegação do direito de acesso à água potável, com a justificativa de que a legislação brasileira prevê a possibilidade da interrupção do fornecimento de água potável. No entanto, essa mesma consequência, da não sonegação de um direito fundamental (materialmente fundamental), pode ser observada desde que no processo de aplicação do direito seja reconhecida a fundamentalidade desse direito, ou, que seja reconhecido um novo direito fundamental.

56) As normas que expressam o comando (dever-ser) que garante o direito fundamental de acesso à água potável abarcam,

por vezes, regras e, por vezes, princípios. O direito de acesso à água potável pode ser identificado em regras como as previstas na legislação que regula os serviços públicos de abastecimento, especialmente, a Lei do Saneamento Básico. O direito de acesso à água potável é um direito fundamental que decorre também do princípio constitucional da dignidade humana. O reconhecimento dessa fundamentalidade se dá por meio do dispositivo jurídico formal presente no texto constitucional que é a cláusula de abertura aos direitos fundamentais.

57) A cláusula de abertura constitucional se reveste de relevância ao apontar que são também direitos fundamentais aqueles (como o direito de acesso à água potável) direitos oriundos de outras fontes que não a própria constituição. Portanto, a cláusula de abertura constitucional é formalmente o instrumento de reconhecimento de outros direitos fundamentais, materialmente fundamentais, que derivam de outras fontes.

58) No caso do direito de acesso à água potável se verifica que é a partir de um direito fundamental geral, como o direito ao meio ambiente, ou a partir de princípios constitucionais gerais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se reconhece ou se identifica um novo direito fundamental.

59) O contrário também pode ocorrer, como exemplo: é possível citar a tese defendida por Vasco Pereira da Silva referente ao direito à cultura. Parte-se de múltiplos direitos no âmbito cultural, como os direitos fundamentais de criação cultural, de fruição cultural, de participação cultural, de autor e de fruição do patrimônio cultural, para os reconduzir a uma posição jurídica subjetiva unitária, consagrando o direito fundamental à cultura. Dessa forma, o autor obtém uma conclusão geral de que há um direito fundamental geral à cultura a partir das premissas específicas (consubstanciadas em alguns direitos fundamentais relacionados à cultura) expressas no texto da Constituição da República Portuguesa.

60) Portanto, esse novo direito fundamental, direito de acesso à água potável, que não está expresso no texto constitucional, mas estruturado em regras e princípios, é um direito que tem a sua fundamentalidade material reconhecida pelo próprio sistema constitucional dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura é o instrumento formal de reconhecimento das fontes desse novo direito.

61) Reveste-se de importância para a comunidade o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que se relaciona com a garantia de acesso à água potável. São normas que consagram a dimensão ou perspectiva objetiva do direito fundamental de acesso à água potável. Portanto, na dimensão ou perspectiva jurídico-objetiva encontramos normas que expressam tarefas ou imposições aos órgãos públicos de certas prestações que consagram valores importantes para a comunidade e fins diretivos de concretização do direito fundamental de acesso à água potável.

62) Na dimensão ou perspectiva jurídico-subjetiva, o direito fundamental de acesso à água potável expressa a permissão para que seus titulares exijam comportamentos negativos ou positivos dos destinatários, seja o Estado ou particulares, sobressaindo as diferenciadas funções que exercem os direitos fundamentais, tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações.

63) Em todas as formas de acesso, o direito fundamental correspondente poderá gerar deveres para o ente estatal. Esses deveres poderão consistir em obrigações diversas que derivam tanto das posições jurídicas vinculadas aos direitos de defesa como aos direitos a prestações. Ocorreu uma mudança de função do direito de acesso à água potável: no “uso comum” (em que o indivíduo deveria ir até o reservatório de água) preponderava a função de direito de defesa, com o Estado se abstendo de regradar, no sentido de limitar ou restringir o acesso à água potável, enquanto que no sistema de serviços públicos de abastecimento o acesso passa a ser um dever de prestação do Estado, por meio dos

serviços públicos executados direta ou indiretamente, originando um direito a prestações.

64) Esse direito, quando exercido por meio dos serviços públicos, assume a condição de direito a prestações em sentido amplo (jurídicas), por ocasião da obrigação que o Estado tem de elaborar as regras e normas a serem observadas quanto aos serviços de abastecimento. Pode, também, ser caracterizado como um direito fundamental a prestações em sentido estrito (fáticas), em situações em que o titular do direito não tenha condições de pagar as tarifas relativas ao serviço de abastecimento, por absoluta insuficiência de recursos financeiros. Nessa situação, o destinatário da norma que explicita o direito fundamental de acesso à água, ou seja o Estado, pode adotar políticas públicas de isenção de tarifas aos titulares hipossuficientes ou, na falta dessas políticas, pode o judiciário determinar o dever de prestação do Estado (administração Pública), com indenização ao prestador dos serviços ou com a determinação de não interrupção dos serviços de abastecimento, com posterior cobrança pelos serviços.

65) Portanto, o Estado tem dever de respeito, de proteção e de realização. Respeitar no sentido de impedir que órgãos estatais adotem medidas que provoquem a negação de acesso à água potável. Proteger no sentido de adotar medidas que evitem que outros órgãos estatais, empresas ou particulares impeçam o acesso das pessoas à água potável. Realizar ações que se destinem a efetivar o direito de acesso à água potável, principalmente àqueles incapazes de exercer o direito por seus próprios meios.

Por fim, no **capítulo 6**, após as constatações sobre a importância do bem ambiental água potável; sobre o significado dos direitos fundamentais; sobre o direito de acesso à água potável e os serviços públicos de abastecimento; sobre a ausência de previsão expressa desse direito na Constituição do Brasil; sobre a configuração jurídica e a multifuncionalidade do

direito de acesso à água potável, o **objetivo geral** estabelecido foi o de analisar à luz da teoria dos direitos fundamentais os fundamentos do direito de acesso à água potável, para verificar se o acesso à água potável no ordenamento jurídico brasileiro pode ser reconhecido como um direito fundamental passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

Nessa última parte da investigação, além desse objetivo geral, outros específicos foram traçados: analisar o conceito de serviços públicos e aspectos da caracterização de sua essencialidade, verificar os serviços públicos de abastecimento no contexto das crises do Estado contemporâneo e as normas que garantem o direito de acesso; efetuar ponderações à legislação brasileira, à doutrina dominante e às decisões dos tribunais que autorizam a interrupção dos serviços de fornecimento de água; enfrentar o seguinte questionamento: trata-se de dever fundamental a obrigação de fornecimento de água por meio dos serviços públicos de abastecimento? por fim, analisar a efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água potável. Eis as conclusões:

66) A tese aqui defendida, da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, passível de gerar um dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento, reveste-se de importância prática quando se analisa a posição dos doutrinadores, a legislação e as decisões dos tribunais brasileiros que admitem a suspensão ou a interrupção dos serviços públicos de abastecimento de água potável.

67) É possível aceitar a tese de que 'todo serviço público é essencial', entretanto, sempre será necessária a análise do caso concreto para aferir se, naquela dada situação, o serviço é essencial a quem dele usufrui e se a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e garantidos. Dessa forma, os serviços públicos não poderão ser classificados de forma rígida como essenciais e não essenciais, porque o aspecto da essencialidade é variável de acordo com o tempo e o lugar: o que é essencial para uns poderá não o ser para outros; o que é essencial hoje poderá não ser amanhã. Inobstante

isso, no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, relaciona os serviços públicos de tratamento e abastecimento de água no rol dos essenciais. Além disso, é possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como os serviços de abastecimento e fornecimento de água potável.

68) O serviço de abastecimento de água potável, por ser essencial, vincula o Estado à observação do princípio da continuidade, obrigando os prestadores (setor público ou privado) à manutenção do serviço de forma intermitente, por consequência, gera-se ao Estado o ‘dever’ de garantir a todos o acesso à água potável. No entanto, essa obrigação tem sido menosprezada por conta de diversas crises que vêm atingindo o Estado de direito nos últimos tempos. Algumas crises estão relacionadas com os problemas que afetam os serviços públicos de abastecimento de água, como a crise estrutural do Estado vinculada ao *déficit* financeiro; a crise de ordem filosófica que consiste no abandono do solidarismo; a crise política com o seu *déficit* de democracia e com o *déficit* de justiça ambiental.

69) O dever de garantir o fornecimento de água potável (como consequência do respeito ao direito fundamental de acesso), por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento, é um dos principais e mais importantes compromissos do Estado contemporâneo, o que implica a adoção de políticas públicas relevantes para cumprir as suas responsabilidades, e o envolvimento de vários setores da Administração Pública.

70) O serviço de abastecimento de água potável, regulado pela Lei do “Saneamento Básico”, consiste em um serviço público essencial que o estado tem o dever de prestar, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a continuidade dos serviços e a sua universalização.

71) Antes da instituição do modelo atual de fornecimento de água potável, o acesso à água ocorria pelo instituto do “uso comum” em que o indivíduo deveria ir até o reservatório de água (poço, rio, bebedouro público, etc) para se abastecer. A evolução para o sistema de serviços públicos ocorreu de forma mais intensa a partir da revolução industrial. Portanto, ocorreu uma mudança de função do direito de acesso à água potável; no “uso comum” preponderava a função de direito de defesa, com o Estado se abstendo de regradar, no sentido de limitar ou restringir o acesso à água potável, enquanto que no sistema de serviços públicos de abastecimento o acesso passa a ser um dever de prestação do Estado, por meio dos serviços públicos executados direta ou indiretamente, originando um direito a prestações.

72) O serviço público de abastecimento de água potável, ao possibilitar a efetividade do direito fundamental de acesso a um bem imprescindível, além de ser uma tarefa vinculada à finalidade do Estado, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

73) É um verdadeiro contrassenso a possibilidade da interrupção do abastecimento de serviços essenciais por inadimplência do usuário. No entanto, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.445/2007 autorizam a suspensão ou a interrupção dos serviços de abastecimento de água, destoando do contexto normativo definido como constitucional, face à fundamentalidade do direito de acesso à água potável.

74) É evidente que ao cidadão deve ser assegurada a prestação do serviço público essencial correspondente ao direito de acesso à água potável, não sendo plausível que, através da simples maioria parlamentar, textos legais estejam a fixar regras que afetam o direito fundamental de acesso à água, limitando esse direito fundamental para priorizar questões de ordem econômica. De tal modo, indiscutivelmente essas leis que permitem essa negação de

um direito fundamental apresentam-se revestidas de inconstitucionalidade.

75) Há na doutrina, argumentos de que o não pagamento, sem a interrupção, levaria ao enriquecimento sem causa dos inadimplentes e de que a continuidade na prestação do serviço deve ser visualizada do ponto de vista coletivo, porque o não pagamento de alguns implica indevido ônus para os adimplentes. No entanto, as objeções que apresentamos a essas posições são de que a inadimplência normalmente é por decorrência da falta de condições financeiras, sendo que o não pagamento não pode ser associado a qualquer espécie de enriquecimento e de que o destinatário principal do serviço público de abastecimento de água potável é a pessoa humana, nesse sentido, mesmo que os serviços de abastecimento sejam geridos para atender à coletividade, de forma universal, é o indivíduo que, efetivamente, exerce o direito de acesso à água potável.

76) Vale ratificar, não se pode admitir a interrupção do fornecimento dos serviços de abastecimento de água por motivação econômica ou financeira; o corte desses serviços é coação ao usuário, medida que tem como objetivo compelir o usuário a pagar o débito, enquanto que o fornecedor poderia utilizar os meios usuais e lícitos para efetuar a cobrança dos valores inadimplidos.

77) Nos tribunais brasileiros há decisões que autorizam o corte no fornecimento de água potável. São recorrentes as decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ – e dos tribunais estaduais, afirmando a legalidade na suspensão do fornecimento de água potável quando precedido de entrega de aviso de corte, desde que a interrupção pressuponha conta regular e não conta relativa a débitos antigos. Desde 2002 a jurisprudência do STJ tem sido nesse sentido. As decisões se limitam à análise da legalidade do ato praticado pelo fornecedor de serviços públicos essenciais, ao interromper o fornecimento dos mesmos sob a justificativa do inadimplemento do usuário.

78) No Supremo Tribunal Federal há decisões que merecem ser referidas por reforçarem a ideia de que o fornecimento de água potável é serviço público essencial, como o julgamento de inconstitucionalidade de Decreto que pretendia modificar a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria (ADI 567 MC/DF) ou a que entende não ser a água canalizada mercadoria sujeita à tributação pelo ICMS (ADI 2224/DF).

79) Em diversos Acórdãos a decisão pela legalidade do corte no fornecimento do serviço tem como fundamento a alegação de que o serviço prestado por concessionária tem a natureza jurídica de direito privado. É um equívoco esse entendimento. Pelo contrário, é de Direito Público o regime jurídico a que se submete a prestação de qualquer serviço público, seja qual for o método de gestão utilizado, direta ou indiretamente. A prestação do serviço público efetuado por meio de delegação não afasta a obrigação estatal de prestá-lo e nem a responsabilidade pela adequada prestação.

80) As decisões dos tribunais brasileiros respaldam a descon sideração com o direito fundamental de acesso à água, julgando casos concretos em que os interesses econômicos das prestadoras de serviços públicos de abastecimento têm prioridade em relação à dignidade humana, que não é reconhecida àqueles que não têm condições financeiras para efetuar o pagamento. Desconsidera-se a função social das atividades que realizam essas empresas, ao ponto de, havendo inadimplemento por qualquer usuário desse serviço público, a interrupção do fornecimento ser utilizada de forma rápida e implacável.

81) O acesso à água potável na modalidade clássica de abastecimento por meio de serviços públicos acarreta deveres ao Estado e, também, aos seus delegados, quando os serviços são prestados indiretamente mediante delegação por meio de

concessão, autorização ou permissão. O dever de acesso pode ser reconhecido também nos diversos meios utilizáveis para aceder a esse bem, ou seja, nas soluções alternativas de abastecimento de água potável para consumo humano, como por fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva.

82) Em qualquer hipótese de acesso à água potável, verifica-se o surgimento de um dever fundamental implícito, não do tipo 'dever fundamental autônomo', mas do tipo dever fundamental conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável. O fundamento da caracterização como dever fundamental se deve ao especial significado que esse dever tem para a comunidade, mesmo sendo um dever fundamental não expresso no texto constitucional.

83) Assim, deveres fundamentais são deveres jurídicos de pessoas (individuais ou coletivas), expressos na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico como fundamentais (fundamentalidade material), de natureza pessoal, política, social, econômica, cultural e ambiental, diferenciando-se dos demais deveres pela aplicabilidade imediata, por vincularem substancialmente seus titulares e pela importância que representam para a sociedade.

84) A superioridade dos deveres fundamentais em relação aos demais deveres não decorre apenas da simples formalidade de tais dispositivos estarem expressos na Constituição, ou seja, da denominada hierarquia superior das normas constitucionais em relação às demais normas, mas, sim, da fundamentalidade material de tais deveres. Se os direitos fundamentais são alçados à condição de normas constitucionais de tutela reforçada pelo fato de serem direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana e por serem importantes também para sociedade (exercem uma função social), os deveres fundamentais

também são assim caracterizados pela importância substancial que representam para a sociedade.

85) No acesso à água potável pelo sistema de acesso alternativo, como aquele que ocorre nas situações em que os titulares desse direito fundamental necessitam ingressar em propriedade privada para acessar a água de um riacho ou fonte, o dever fundamental pode ser identificado em relação ao proprietário do imóvel. O proprietário tem o dever de não impedir o acesso à água potável, dever esse conexo ao direito fundamental de acesso, portanto, do direito fundamental implícito de acesso à água potável emerge um dever fundamental também implícito.

86) Quanto ao acesso propiciado pela captação de água de chuva para o consumo humano, realidade presente na região do semiárido brasileiro, é possível identificar, além de um dever/tarefa do Estado, também, um dever fundamental conexo ao direito fundamental de acesso à água potável. O dever/tarefa do Estado consiste no desenvolvimento de políticas públicas que tenham como finalidade possibilitar àqueles que não estão tendo acesso à água potável, nessas regiões, pela forma clássica, que tenham disponibilizadas as condições materiais e estruturais para o acesso por essa forma.

87) O dever de garantir o fornecimento de água potável por meio dos serviços públicos essenciais de abastecimento é um dever correlato ao direito fundamental de acesso à água potável, por ser dever jurídico de pessoas coletivas (empresas prestadoras do serviço), reconhecido pelo ordenamento jurídico como fundamental (fundamentalidade material) por se diferenciar dos demais deveres quanto à vinculação substancial que resulta para os titulares dos serviços de abastecimento, pela aplicabilidade imediata e pela importância que representa para a sociedade.

88) O dever fundamental de acesso à água potável é uma verdadeira tarefa fundamental do Estado contemporâneo. A

tarefa/dever fundamental de acesso à água potável nos serviços públicos apresenta, de igual forma, uma estreita relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Por minha convicção, isso não significa que a tarefa/dever seja apenas o lado passivo do direito fundamental de acesso à água potável. É bem mais do que isso, significa valores da comunidade e promoção da dignidade humana, vinculados a deveres jurídicos que são correlativos de direitos fundamentais.

89) Cumpre ratificar que identificamos a fundamentalidade do direito de acesso à água potável como decorrente do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente. No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente encontramos, numa dimensão subjetiva, o direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado que pressupõe o acesso a bens ambientais como a água potável e, numa dimensão objetiva, identificamos a tarefa/dever do Estado para garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

90) Assim, o dever fundamental de acesso à água potável e o dever do Estado brasileiro de dar efetividade ao direito fundamental de acesso, seja pelos meios alternativos ou por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento, estão estreitamente relacionados à razão de ser do Estado contemporâneo, independentemente das crises que o assolam. Além disso, sempre é importante lembrar que o Estado tem o dever de garantir as prestações materiais mínimas daquilo que se compreende como mínimo existencial social, cultural e ambiental. Esse dever está conectado com o respeito à dignidade das pessoas, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade social e econômica, especificamente, naquelas situações em que não se consegue efetuar o pagamento das tarifas dos serviços de abastecimento de água potável.

91) O direito de acesso à água potável pode ser exercido independentemente do pagamento de tarifas nos casos em que se trate de pessoas pobres ou que não tenham condições econômicas. Nesse sentido, o reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável e do correlato dever fundamental de fornecimento de água deve ser prevalente em relação a qualquer espécie de direito econômico ou patrimonial. No entanto, para aqueles que tenham condições de efetuar o pagamento das tarifas, o exercício de tal direito poderia ser condicionado ao pagamento pelo serviço de abastecimento.

92) No decorrer deste trabalho, verificou-se que, para caracterizar a fundamentalidade ou para configurar uma definição de direitos fundamentais, deve-se considerar simultaneamente a presença de alguns elementos, como: a) Direitos fundamentais são, preponderantemente, direitos humanos; b) Direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; c) Direitos fundamentais são direitos sujeitos à funcionalidade social. Assim, inegavelmente o acesso à água potável é um direito humano; é um direito essencial para a dignidade humana, e é, também, um direito sujeito à funcionalidade social porque incide na dimensão horizontal, caracterizando-se como um direito/dever de solidariedade.

93) A definição constitucional de que todos os bens ambientais (inclusive a água potável) são bens de uso comum do povo sinaliza que esses bens devem estar ao acesso de todos e, tratando-se de um bem vital, o seu acesso está relacionado com o princípio constitucional basilar do sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não deve pairar nenhuma dúvida de que o direito de acesso à água potável é um direito fundamental (fundamentalidade material).

94) A fundamentalidade material do direito de acesso à água potável está vinculada à caracterização que recebe esse direito humano de ser reconhecido, não de forma expressa, mas implícita,

pela Constituição brasileira, tendo em vista ser admitido como um bem ou uma situação jurídica dotada de suficiente relevância e essencialidade a ponto de merecer ou necessitar de uma proteção jurídica reforçada. Portanto, o acesso à água potável é fundamental, eis que sua não satisfação pode significar grave sofrimento (fere a dignidade da pessoa humana); em algumas situações poderá atingir a autonomia do ser e provocar até mesmo a morte.

95) A falta de efetividade do direito/dever fundamental de acesso à água potável, verificada pela facilidade com que os serviços públicos de abastecimento de água potável são interrompidos, com o respaldo da doutrina, da jurisprudência e da legislação em vigor, reforça a aceitação da tese que defendo de que, do reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável, decorre o dever fundamental de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento.

96) A Constituição Brasileira, expressão máxima da vontade do povo, organiza o Estado e estabelece os seus fins. Para concretizar esses objetivos, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. Dessa forma, os serviços públicos são caracterizados como meio de realização dos objetivos do Estado. Portanto, o serviço público de abastecimento de água potável, ao possibilitar a efetividade do direito-dever de acesso a um bem imprescindível, além de ser uma tarefa vinculada à finalidade do Estado, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

Como **conclusão central**, entendeu-se pela confirmação da hipótese de que ‘o acesso à água potável é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental passível de gerar o dever de fornecimento de água nos serviços públicos de abastecimento’

Portanto, com as ponderações de que é difícil simplificar todos os argumentos utilizados neste trabalho, expostos cada um em diferentes

momentos, com a devida fundamentação; apresenta-se, de forma resumida, a **tese:**

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acesso à água potável é reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional. Nos termos da atual Constituição Brasileira, essa cláusula admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas de forma expressa. Portanto, há múltiplas formas de reconhecimento do direito de acesso à água como fundamental. Assim, a fundamentalidade desse direito pode decorrer do conteúdo de outro direito expresso formalmente na Constituição; ele pode derivar da internalização dos tratados de direitos humanos e decorrer, ainda, do regime democrático e dos princípios constitucionais. Entendo que, das múltiplas formas de reconhecimento da fundamentalidade, aquela a ser destacada é a que reconhece o direito de acesso à água potável como fundamental por decorrer do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Os fundamentos para essa caracterização são de que esse direito está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana, mantendo uma relação de interdependência com os demais direitos fundamentais, além de envolver um complexo de posições jurídico-objetivas e jurídico-subjetivas, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Tratando-se do direito de acesso à água potável, exercitável por meio de serviços públicos essenciais de abastecimento, não há como prescindir de políticas públicas, para concretamente efetivar esse direito fundamental social. Portanto, o direito fundamental de acesso à água potável deve, na maior medida possível, vincular todos os destinatários, órgãos públicos ou particulares, à aplicabilidade imediata ou ao princípio da eficácia plena, inclusive, considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos de abastecimento. Dessa forma, o

reconhecimento do direito de acesso à água potável como fundamental nos serviços públicos de abastecimento resulta, por consequência, no reconhecimento de um dever fundamental do tipo conexo ou correlato ao direito fundamental de acesso à água potável, notadamente, pelo especial significado que esse dever tem para a comunidade. Por fim, conclui-se que a efetividade do direito-dever fundamental de acesso à água, especialmente, nos serviços públicos de abastecimento, não corresponde aos anseios da sociedade, conforme se verificou nos julgados dos tribunais, pelas posições doutrinárias e pelas definições legislativas que priorizam as normas patrimoniais, relegando o direito fundamental de acesso à água potável. Por isso, é imprescindível a aceitação da tese que ora defendo, qual seja, de que ocorra concretamente o reconhecimento do dever fundamental de fornecimento de água potável nos serviços públicos de abastecimento decorrente do reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável.

BIBLIOGRAFIA

Livros não mudam o mundo,
quem muda o mundo são as pessoas.
Os livros só mudam as pessoas.
(Mario Quintana)

ABREU, António José Teixeira de, *Das águas*. Coimbra : França & Arménio, 1917.

ÁGUA EM REVISTA. *Revista técnica e informativa da CPRM*. Brasília: CPRM - Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, ano III, n. 5, ago/1995.

AGUDO, Pedro Arrojo et al. *Lo público y lo privado en La gestión del agua: experiencias y reflexiones para El siglo XXI*. Madrid: Ediciones de Oriente y del Mediterráneo, 2005.

ALBUQUERQUE, Catarina de. *Derechos hacia el final: buenas prácticas en la realización de los derechos al agua i al saneamiento*. Madrid: ONGAWA, Ingeniería para el Desarrollo Humano, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

_____. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2006a.

_____. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2006b.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999.

_____. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº 217, p. 67-79, jul./1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés. Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *La fundamentación de los derechos humanos*. In: Teoría del discurso y derechos humanos. Tradução e introdução colombiana de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995,

ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de.(Coord). *Direito do ambiente*. Lisboa: INA, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ANDRADE, Jose Robin de. *Um novo regime da titularidade das águas públicas*. in Revista jurídica do urbanismo e do ambiente, nº 23/24. Lisboa: Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, jan/dez 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A função social da água*. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord).A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais. Bauru: ITE, 2002.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

AZEVEDO NETO, J. M.. *Cronologia do abastecimento de água (até 1970)* – Revista DAE, vol. 44, nº 137, p. 106-111, São Paulo, junho, 1984.

BAPTISTA, Jaime Melo. et al. *Uso Eficiente da Água, Proposta de Programa Nacional*. Relatório 263/01 NES (3 volumes), Laboratório Nacional de Engenharia Civil, Lisboa, Portugal, Agosto de 2001.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. trad. e pref. José Manuel M. Cardoso da Costa. - Reimpressão. - Coimbra : Almedina, 1994.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Los derechos fundamentales e la constitucion y otros estudios sobre derechos humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2009.

BALDI, César Augusto. *Desafios do constitucionalismo intercultural*. Estado de Direito, Porto Alegre, abril e maio de 2008, nº14.

BAPTISTA, J.M. et al. *Uso Eficiente da Água*, Proposta de Programa Nacional, Relatório 263/01 NES (3 volumes), Laboratório Nacional de Engenharia Civil, Lisboa, Portugal, Agosto de 2001.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do direito constitucional europeu*. In Revista Questiones Constitucionales, nº 8, jan-jun de 2003. Mexico: UNAM, 2003, p. 103-139.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. São Paulo: M. Books, 2003.

BARRAQUÉ, Bernard. *As políticas da água na Europa*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*, “in” “Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo”, p. 185/208, 207, coordenação de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003

_____. *interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Vânia Lomônaco. *Para entender a economia capitalista*. Brasília: Editora UnB, 1989.

BAU, João. *Para uma nova cultura da água nos sistemas de abastecimento público: uma contribuição para o debate*. in ARROJO AGUDO, Pedro et al. Lo público y lo privado en La gestión del agua: experiencias y reflexiones para El siglo XXI. Madrid: Ediciones de Oriente y del Mediterráneo, 2005, p. 37-58.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. De Jorge Navarro, Daniel Jimenez, MARIA Rosa Borrás. Madrid: Paídos, 1998.

_____. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman. *O meio Ambiente na Constituição Federal de 1988*. In KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *Desafios do direito Ambiental no Século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. p. 363-398. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (coords). 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

BIAGI, Claudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico Bitencourt. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BLANCO, Alejandro Vergara. *Derecho de aguas*. Tomo II. Santiago: Jurídicas de Chile, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, SP: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10ª. Edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15^o ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Editora Unijui, 2006.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo, SP: Método, 2008.

BORNHEIM, Gerd. *O Sujeito e a norma*. In: NOVAES, A. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOROWSKI, Martin. *Las estrutura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10^a ed., vol. I. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

CALHEIROS, Celso. Governo desiste de cancelar programa Um Milhão de Cisternas. Disponível em <<http://www.oeco.com.br/noticias/25675-governo-desiste-de-cancelar-programa-um-milhao-de-cisternas>>. Acesso em 10 jul. 2012.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. II, 3^a ed. Madrid: Tecnos, 2008.

CALLO, Jorge Ivan Hübner. *Panorama de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editora da UBA, 1977.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direitos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador-Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1ª Ed, 1982 e 2ª Ed., 2001.

CANOTILHO, Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa – anotada*. Vol 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLI, Silvia; BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio (coords). *13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 283-302.

CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. *Fonte de água pura*. Disponível em<<http://socioambiental.org/parabolicas/index.html>>, acesso em 22 jan. 2008.

CAPONERA, Dante . *The importance of water law and institutions for sustainable development*. Atelier RIOB - Les Documents de travail, 1994.

CARRERA-FERNANDEZ, Jose; GARRIDO, Raymundo José. *Economia dos recursos hídricos*. Salvador: Edufba, 2003.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente como patrimônio da humanidade: princípios fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14ª edição. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 23ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999.

CASTALEIRO, João Malaca (coord). *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001.

CAUBET, Christian Guy (org.). *O tribunal da água: casos e Descasos*. Florianópolis, SC: Ed. do UFSC, 1994.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América?* In Revista Derecho del Estado, nº. 26 . Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CERVETTI, Fernanda; PARODI, Cesare. *La nuova tutela delle acque*. Milão: Giuffrè, 2001, p.4.

CEZNE, Andréa Nárriman. *A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 52, p. 51-67, jul./2005.

Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão / organização e introdução Leonardo Martins ; pref. Jan Woischik. - Berlim : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

CLARKE, Robin; KING, Jannet. O Atlas da Água. 1ª.ed. São Paulo: Editora Publifolha, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VI edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da (Coord). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

_____. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Revista CEJ. Brasília, v.1. n. 3, p. 92-99. Set/dez. 1997.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORREIA, Fernando Alves. *Regime urbanístico da propriedade do solo*. In: *Tribunal Constitucional*. Estudos em homenagem ao conselheiro Jose Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COSTA, Adilson Ben da (org.). *Água & saúde*. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários á Constituição de 1988*. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Salvador: Ed. Podivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da . *Teoria da Constituição. Tomo II: Direitos Humanos – Direito Fundamentais*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2 ed. rev. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Ivo. *Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In SAMPAIO, José Adércio leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 435-450.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. *As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania*. in Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DENARI, Zelmo. *Da qualidade de produtos e serviços, da prestação e da reparação dos danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, João M. Alveirinho. *Água salobra*. In *Revista de Gestão Costeira Integrada (JICZM - Journal of Integrated Coastal Zone Management)*. Disponível em <<http://www.aprh.pt/rgci/index.html>>, acesso 08 out. 2009.

DIAS, Jose Eduardo Figueiredo. *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*. Coimbra, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15^a Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. Barra Funda, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007. *Levando os direitos à sério*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium Editora, 2011.

FARIA, Jose Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1996.

FAVOREU, Louis. *Le Controle De Constitutionnalite du Traite de Maastricht et le Developpement du "Droit Constitutionnel International"*. *Revue Generale de Droit International Public*, vol. 97, nº 1, p. 39-66, 1993.

FENTERSEIFER, Tiago. *Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações)*. in CAPPELLI, Silvia; BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio (coords). *13º Congresso Internacional de Direito*

Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

FERES, José Gustavo. *Análise dos determinantes das taxas de inadimplência nas contas de água*. Disponível em <<http://nemesio.org.br/artigos/projeto18.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2012.

FERNANDEZ, Encarnación. *Igualdad e derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, Luigi (coord). Un debate sobre el constitucionalismo. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Per una carta dei Beni fondamentali*. In MAZZARESE, Tecla; PAROLARI, Paola. Diritti fondamentali. Le nuove sfide. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p.65-98.

_____. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. 3. ed. Bari (Italy): Laterza, 2008.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid:Trotta, 2007.

_____. *A soberanía no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlos Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: Neoconstitucionalismo(s). Trad. Miguel Carbonell. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2002.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: ATLAS, 2003.

_____. *Ciência do Direito*. São Paulo: ATLAS, 1980.

FERREIRA, Durval. *Águas subterrâneas e de nascentes*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro*. In *Revista Jurídica*. Brasília, v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em 12 jun. 2013.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira, emenda Constitucional 1, de 17.10.69*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989.

FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de história de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito ambiental internacional e biodiversidade*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 8, mai./ago. 1999.

FOLHA DA REGIÃO. Inadimplência com água ultrapassa R\$ 1 milhão. Disponível em <<http://www.folhadaregiao.com.br/Materia.php?id=112478>> . Acesso em 09 dez. 2012.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FRANCO DEL POZO, Mercedes. *El derecho humano a um medio ambiente adecuado*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 8, Universidade de Deusto. Bilbao, 2000.

FRANZA, Jorge Atilio. *Manual de derecho ambiental: argentino y latinoamericano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1995.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 2004a.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004b.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Sistema jurídico brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas*. In: 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, jun/2001, São Paulo. Anais...São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2001.

_____. *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.

GALEANO, Eduardo. Entrevista ao jornalista Marcelo Ninio, Caderno Mundo, do Jornal Folha de São Paulo do dia 01.03.2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, Afonso Dionísio. *Das águas no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1928.

GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GARCIA, Emerson (coord.) *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Manuel Emydio. *Estudo sobre a legislação das águas*. Coimbra : Imp. da Universidade, 1862.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: Direito Fundamental*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2003

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6ª. ed.. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Carla Amado. *Os Bens Ambientais como Bens de Interesse Comum da Humanidade: entre o Universalismo e a Razão de Estado*. In FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. *Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p.21-35.

_____. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª edição, Forense, 2004.

GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Editorial Notícias, 1995.

GRAF, Ana Claudia Bento. *A tutela dos estados sobre as águas*. in FREITAS, Vladimir Passos de.(Org.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos estados*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 12, ano IV, set/dez. 2000b.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo: Ed. Ícone, 1993.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da (Coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIJALVA, Agustín. *El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008*. In: Revista Ecuador Debate, no. 75, p. 49-62, 2008.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1995.

_____. *L'inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980.

_____. *Un altro modo di possedere*. Milan, Italy. Guiffre, 1977.

_____. *História del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. Barcelona : Ariel, [198-?].

GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” Del ordenamiento jurídico: el caso Italiano*. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007.

_____. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *El Estado constitucional europeo*. In HÄBERLE, Peter; HABERMAS, Jürgen; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. *La constitucionalización de Europa*. Série estudos jurídicos, num 65. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 23-43.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SafE, 1997.

HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. 5ª ed..Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2007.

HARTMANN, Philipp. *A cobrança pelo uso da água como instrumento econômico na política ambiental: estudo comparativo e avaliação econômica dos modelos de cobrança pelo uso da água bruta propostos e implementados no Brasil*. Porto Alegre: AEBA, 2010.

HELLER, Léo; PADUA, Valter Lúcio de. (orgs). *Abastecimento de água para consumo humano*. Belo Horizonte, MG: Ed. da UFMG, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. V.1. A Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. in BRENDA, Ernesto. et. al. *Manual de derecho Constitucional*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996. p. 88-115.

_____. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAE, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e direito adquirido*. Revista de Informação legislativa. Brasília, a.28, n. 112, p.69-86, out./dez. 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IMBRICA, Maria Nazaré Oliveira, *O princípio do Patrimônio Comum da Humanidade*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de doutora em Direito Internacional. São Paulo: USP, 1980.

INSERGUET-BRISSET, Véronique . “Une Nouvelle Notion de Propriété Publique Environnementale”. in : *Propriété Publique et Environnement* . Paris : LGDJ, 1994.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. *Água: um direito fundamental ou uma mercadoria?* In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. *Direito Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, p. 308-400, 2003.

IRUJO, Antonio Embid (coord). *Diccionario de derecho de aguas*. Madrid: Iustel, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Montevideo: Editora B de F, 2005.

JOHNSON, Edward E. *Águas subterrâneas e poços tubulares*. Tradução da primeira edição publicado pela Johnson Division, UOP, inc., Saint Paul, Minnesota. 3. ed. São Paulo: CETESB, 1978.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995.

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1993.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do Individualismo e Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 457-466.

KELSEN, Hans. *A paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. Ed. São Paulo, SP : Martins Fontes, 1998.

_____. *A essência e o valor da democracia*. in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *Teoria Pura do Direito* (trad. De João Baptista Machado), Coimbra: Armênio Amado, 1979, 5ª Ed.

KRELL, Andreas J. *O direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRIEGER, Maria da Graça. et al. *Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1998.

LACERDA, Luiz Drude de, et al., debate com Paulo Afonso Romano, José Galizia Tundisi e Aldo Rebouças, *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 110, jun/95.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

_____. *Comércio, Desarmamento e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

LAMPERT, Winfried; SOMMER, Ulrich. *Limnoecology: the ecology of lakes and streams*. New York: Oxford University Press, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Über die Verfassung, 1863, publicado no Brasil sob o título “A essência da Constituição”*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 6ª Ed., 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 1998.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no âmbito da democracia representativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Lições de direito civil : da propriedade das águas*. Coimbra: Casa do Castelo, 1939.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

LOBO, Mário Tavarela. *Manual do direito das águas*. Vol 1 e 2. 2. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. *As águas no direito português e no direito comparado*. Coimbra : [s. n.], 1976.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3ª edição. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ : Vozes, 2001.

_____. *Segundo Tratado sobre o governo*. 2 ed. São Paulo: Abril, 1978.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LOUREIRO, João Carlos. *Direito à (proteção da) saúde*. In Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano – No centenário de seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657-692.

LOUREIRO, Silva Maria da Silveira. *A inserção do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988*. in Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

LPN - Liga para a Proteção da Natureza. *Uso Eficiente da Água*. Disponível em <<http://www.lpn.pt/LPNPortal/DesktopModules/SubPaginaProjectosDetalhes.aspx?ItemId=113&Mid=40&ParentId=8>>, acesso em 16 out. 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendencias atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 8ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

_____. *Los Derechos Fundamentales*. 7ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Las generaciones de derechos fundamentales*. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10. Madrid, marzo-agosto 1991.

MAÇAS, Fernanda. *Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos*. In: *Regulação em Portugal*. - Coimbra, 2009, p. 507-570.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Rui Cunha. *A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais - Uma perspectiva internacional*. Lisboa: ERSAR, 2011.

MARTÍN, Nuria Belloso. *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a traves de la história*. (Texto de trabalho apresentado em conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos, 1995).

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: DYNINSON, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre Deveres Fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) *Direito fundamental à vida*. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Patricia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In GARCIA, Emerson (coord.) *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2004, p. 379-424.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n.º 98, junho/2005.

_____. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, n. 167, jul./set., 2005.

_____. *Tratados internacionais*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.

MCKEON, Richard. *Lãs bases filosóficas y lãs circunsâncias materiales de los derechos del hombre*. Madrid: Siglo veinteuno, 1993.

MEDAUAR, Odete. *A figura da Concessão*. in MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 01, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. "O § 2º do ar. 5º da Constituição Federal". In: RICARDO LOBO TORRES (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 2007.

_____. *Estado Social de Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília Jurídica Ltda., 2005, pp. 2001 a 219.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

_____. *As Constituições Portuguesas de 1822 ao texto actual da Constituição*. 4ª Edição. Lisboa: Livraria Petrony Editores, 1997.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública*. In: MILARÉ, Édis (coord.) *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MONTANARI, Valdir. *Pelos caminhos da água*. 2.ed. Rio de Janeiro: Moderna, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Tomo I: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Guilherme Alves. *As águas no direito civil português*. V. 1 e 2. 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 1960.

MOREIRA, Vital; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*. In Estudos de regulação pública, Tomo I, Direito Público e Regulação nº5 CEDIPRE. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOURA, Magno Alexandre Ferreira. *Da evolução internacional de mecanismos de proteção dos Direitos Humanos da infância e seus reflexos no Brasil*. Revista do Ministério Público – alagoas, n. 15, jan./jun. 2005.

MOURA E SILVA, Ana. et al. *Uso eficiente da água para fins industriais*. in Anais 6º Congresso da água. Associação Portuguesa dos Recursos Hídricos. Lisboa, 18 a 22 de Março de 2002.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à lei n. 9.074*. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NEUTZLING, Inácio. (Org.). *Água: bem público universal*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito Hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

NIKKEN, Pedro. *“El Concepto de Derechos Humanos”*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), “Antología Básica en Derechos Humanos”, San José Costa Rica : ed. IIDH, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Antonio Jose Avelãs. *A constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Jane Elisabeth Cesca. *Instrumentos de tutela ambiental na União Européia e no Mercosul: Um estudo sobre os tributos e o meio ambiente*. Dissertação do MILA/UFSM, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLVERA, Óscar Rodriguez. *Teoría de los derechos sociales en la constitucion abierta*. Granada: Comares, 1998.

ONU - Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O.G. nº 15. 2002. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em 28 jun. 2012.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Democracia totalitária. Do Estado totalitário a sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais, 2000.

_____. *A autoridade internacional dos fundos marinhos*. Lisboa, 1988.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), Florianópolis, 2005.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PATO, João Howell. *Uma nova cultura da água ou uma nova cultura das políticas públicas da água?* in ARROJO AGUDO, Pedro et al. Lo público y lo privado en La gestión del agua: experiencias y reflexiones para El siglo XXI. Madrid: Ediciones de Oriente y del Mediterráneo, 2005, p. 115-119.

PEIXOTO Fº, Aser Cortines & BONDAROVSKY, Sandra Helena. *Água, bem econômico e de domínio público*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 12, ano IV, set/dez. 2000.

PELLACANI, Christhian Rodrigo. *Poluição das águas doces superficiais & responsabilidade civil*. Curitiba, PR: Juruá, 2005.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, Celso Antonio. *Soberania e pós-modernidade*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. (coord.). O Brasil e os novos desafios do direito internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERE, Pietro. *Introduzione allá problemática della proprietà*. Camerino: Jovene, imp 1971.

PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

_____. *A ineficácia das normas jurídicas de proteção ao Aquífero Guarani*. In: SEPE 2006 - X Simpósio de ensino, pesquisa e extensão, 2006, Santa Maria. Anais do X Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão - SEPE 2006. Santa Maria - RS : Editora da UNIFRA, 2006.

_____. *O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005.

PES, João Hélio Ferreira e MOREIRA, Gabriel Machado. *Direitos sociais do trabalho e a Constituição Federal*. In VIEIRA, Elias Medeiros e KUNRATH, Romerio Jair (Orgs.). Trabalho e Cidadania no Brasil. Santa Maria/Porto Alegre: FACOS-UFSM/Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas da UFRGS, 2006.

PES, João Hélio Ferreira e OLIVEIRA, Rafael Santos de.(Coord.) *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

PES, João Hélio Ferreira e SIMONETTI, Mariano Bertoldo. *Prevenção e Precaução na tutela das águas subterrâneas*. In PES, João Hélio Ferreira e OLIVEIRA, Rafael Santos de (Coord.). *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.207-238.

PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Petrópolis, RJ: Vozes, €002.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Fabrício José da Fonseca. *Os direitos sociais como direitos fundamentais : unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais*. Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Constitucional apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Orientador:Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa. Lisboa : [s.n.], 2003.

PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2008.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil*. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, ano 1, n.º 2, p. 109-118. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./dez. 1996.

_____. *Direitos humanos e globalização*. in Direito Global. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores). São Paulo: Max Limonad, s/d.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PIVA, Rui. *Bem Ambiental*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Vol. II, Editora Borsoi, 1954.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013.

PORTUGAL. *Lei nº 54/2005*. Estabele a titularidade dos Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2005/11/219A00/65206525.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2008.

PORTUGAL - Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional - PEAASAR II - *Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais 2007-2013*. - Lisboa : Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, 2007.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

PUREZA, Jose Manuel. *O património comum da humanidade : rumo a um direito internacional da solidariedade?* Dissertação para doutoramento em Sociologia na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra : Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5ème édit. Paris: Dalloz, 2004.

_____. *La constitution et l'environnement*. Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, Conseil Constitutionnel, n. 15, 2003.

PRUSKI, Fernando Falco; SILVA, Demetrius David da (editores). *Gestão de Recursos Hídricos: aspectos legais, econômicos, administrativos e sociais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos; Viçosa: Universidade Federal de Viçosa; Porto Alegre: ABRH, 2000.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais* (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes; 2010.

RÉ, Pedro M. A. Barcia. *Biologia Marinha*. Disponível em <<http://www.astrosurf.com/re/biologia.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (orgs). *A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

REVISTA VITALE. Porto Alegre: Companhia Riograndense de Saneamento, ano 1, n. 1, nov. 2001.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 10ª ed./3ª tir., São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Jose. *Propriedade das águas e o registro de imóveis*. in FREITAS, Vladimir Passos de.(Org.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 21 ed.. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Genésio Mario da; PETRY, Mirta Terezinha & CARLESSO, Reimar. *Disponibilidade, eficiência e racionalidade na utilização de recursos hídricos*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre A Economia Política*. Petropolis, RJ: Editora Vozes, 1995.

RUCQUOI, Adeline. *História Medieval da Península Ibérica*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

SAMPAIO, José Adércio leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *Estúdios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (org). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

_____. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos Direitos Sociais nas relações entre particulares*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p. 551-602.

_____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*, in: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.), *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-193.

_____. *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais*. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, 2010; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do. Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang ; LEITE, George Salomão (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal. Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 237, jul/set. 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducion de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARZBOLD, Albano. *O que é um rio*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 31 n.121, p.69-102. jan./mar. 1994.
- SENDIM, José Cunhal; et al. *Elementos de direito de protecção da Água : tema tratado no âmbito do Plano Nacional da Água*. Lisboa: Instituto da Água, 2004.
- SENESE, Salvatore. *Um nuovo soggetto di diritto: l'umanità*. In BALDUCCI, Ernesto. *Le tribù della Terra*. Milano: Giunti, 2006.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como Direito Fundamental material*. Curitiba: Editora Jurua, 2009.
- SERRA, Pedro Cunha. *A regulação da água em Portugal*. Fundación Nueva Cultura Del Agua. Fórum Lo Público y lo privado en la gestión del agua. Madrid/Lisboa, 2004. Disponível em <www.fnca.eu/fnca/docu/docu35.pdf>. Acesso em 16 jan. 2012.
- SHIKLOMANOV, Igor. *World fresh water resources*. In: GLEICK, Peter H. *Water in crisis: a guide to the world's fresh water resources*, 1993.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm#6>. Acesso em 30 ago. 2012.
- SILVA, João Calvão da, *Serviços públicos essenciais : alterações à Lei nº 23/96 pelas leis nºs 12/2008 e 24/2008*. In: ARS Iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23º ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19º ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

_____. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. in Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9º ed., 2ª tiragem, São Paulo: Melhoramentos, 1992.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1985.

SILVA, Leziro. *Cemitérios: fonte potencial de contaminação dos aquíferos livres*. Revista Saneamento Ambiental, n. 71, nov/2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual*. Anuário de derecho constitucional latinoamericano- 2007. México, 2007, p.545-569.

SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Ensinar Verde a Direito- Ensino de Metodologia do Ensino do Direito do Ambiente (em Ambiente de Bolonha)*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Verdes são Também os Direitos do Homem / Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*. Cascais: Principia, 2000.

_____. *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda por Concretizar”?*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo Melhoramentos, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional*. In NEVES, Marcelo. Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral, introdução e princípios fundamentais*. Tomo I, 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo, SP: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2002, p. 614-628.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TASSINARI, Clarissa. *Estudos sobre (neo)constitucionalismo*. São Leopoldo, RS: Oikos, 2009.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba, SP: Ed. da UNIMEP, 2005.

_____. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?*. In JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Constitutionalism and transnational governance*. Oxford Press, pp. 3-28, 2004. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=876941>. Acesso em 27 set. 2012.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

THOMPSON, Edward P. *Senhores e Caçadores*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos: a incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2ª edição. Brasília: IIDH, 1996.

_____. *Direitos humanos e meio ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TSAGOURIAS, Nicholas. *Transnational constitutionalism: International and European Perspectives*. Cambridge University Press, 2007.

TSUTIYA, Milton Tomoyuki. *Abastecimento de água*. 3. ed. São Paulo, SP: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2006.

TUNDISI, Jose Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2. ed. São Carlos: RIMA, IEE, 2005.

_____. *Limnologia e gerenciamento integrado de recursos hídricos: avanços conceituais e metodológicos*. Revista Ciência & Ambiente, Santa Maria: UFSM, vol. 1, n. 21, jul/dez. 2000.

VALLADÃO, Alfredo. *Direito das Águas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Gestão da Água e princípio ambientais*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

_____. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Ed. livraria do Advogado, 2005.

VIEIRA, José Manuel Pereira. *Gestão da Água em Portugal. Os Desafios do Plano Nacional da Água*. In Revista Engenharia Civil da Universidade do Minho, nº 16, Janeiro de 2003.

WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

WALSH, Catherine . *O interculturalizar da nova Constituição equatoriana*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.
Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/catherine_walsh.html.
Acesso em: 09 out. 2012.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Pensar. Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza: v.16, n. 02, jul/dez. 2011.

WORLD WILD FUND (WWF) - *Relatório Planeta Vivo 2008*. Disponível em <
<http://www.wwf.pt/noticias/?149021/WWF-Relatorio-Planeta-Vivo-2008-sugere-mudanca-no-uso-dos-recursos-ou-crash-ecologico>>, acesso em 15 out. 2009.

WREGE, Mário. *Nocividades das atividades agrícolas sobre as águas subterrâneas*. In: Congresso sobre manejo alternativo de recursos hídricos, 1994, Florianópolis. Anais...Florianópolis: Imprensa universitária da UFSC, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales*. In FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid:Trotta, 2007.

JULGADOS CONSULTADOS

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo no Agravo de Instrumento Nº 1.390.385 - RJ (2010/0223504-9). Agravo Regimental improvido. Administrativo. Fornecimento de água. Ônus da prova. Acórdão fundamentado. Débitos pretéritos. Súmula 83/STJ. Sucumbência mínima. Pretensão de reexame necessário. Súmula 7/STJ. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Manuel Lorenzo Dias e outros. Relator: Ministro Humberto Martins, maio 2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 ago. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo regimental provido. Processual. Administrativo. Suspensão do fornecimento de serviço de água. Débito Pretérito. Invalidez. Agravo no Agravo em Recurso Especial Nº 108.151 - SP (2011/0254614-8). Agravante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Agravado: Ana Aparecida Androsini. Relator: Castro Meira, mar. 2012. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 ago. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo no Recurso Especial nº 1.027.844 - RJ (2008/0025160-4). Agravo no Recurso Especial não-provido. Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Corte no Fornecimento de Água e Esgoto. Art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95. Impossibilidade de Suspensão do Abastecimento na Hipótese de Exigência de Débito Pretérito. Caracterização de Constrangimento e Ameaça ao Consumidor. Art. 42 do CDC. Precedentes. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Agravado: Marines de Souza Ramos. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, maio 2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 mai. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp. nº 337.965/MG. Embargos de Divergência em Recurso Especial rejeitados. Recorrente: Maria Aparecida Dias Martins. Recorrido: Companhia de Saneamento de Minas Gerais Copasa - MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, set. 2004. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 213422. Relator Ministro José Delgado. Acórdão de 19.08.1999. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=213422&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 13 jun. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 337.965/MG. Recurso Especial improvido. Recorrente: Maria Aparecida Dias Martins. Recorrido: Companhia de Saneamento de Minas Gerais Copasa - MG. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, out. 2002. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 691.516 – RS. Recurso Especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora. Recorrente: Clínica de Enfermagem Geriátrica Ltda. Recorrido:

Departamento Municipal de Águas e Esgotos de Porto Alegre – DMAE. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, out. 2005. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 mai. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 684.020/RS (2004/0118421-3). Recurso Especial não-conhecido. Recorrente: Neide Conceição Alves Sica. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos - DMAE. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, mai. 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 mai. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 678.044 - RS (2004/0092807-7). Recurso Especial não-conhecido. Administrativo – Serviço de Fornecimento de Água – Corte por falta de pagamento, após aviso prévio – Legalidade – Lei n. 8.987/95 e LC n. 170/87 - Súmula 83/STJ. Recorrente: Jurandir João Mattana. Recorrido: Departamento Municipal de Águas e Esgotos de Porto Alegre- DMAE. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01 abr. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 988.334 - RO (2007/0220353-6). Serviço de telefonia. Cobrança de "assinatura básica residencial". Ação anulatória c/c repetição de indébito. *Decisão monocrática*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, mar. 2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 567 MC/DF. Medida Cautelar deferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ilmar Galvão, set. 1991. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI n.º 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 150/68 ou DJ de 18.03.94, p. 5165). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em 24 out. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 2224/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Ministro de Estado da Fazenda e outros. Relator: Min. Nelson Jobim, mai. 2001. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 2.337 MC/SC. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso Mello, jun. 2002. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 3.661/AC. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Acre e Assembleia

Legislativa do Acre. Relator: Min. Cármen Lúcia, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07 jul. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 1842/RJ, julgada em 06.03.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1714588>>. Acesso em 24 jun. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurelio. Brasil, nov. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 04 set. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Pet 577 /DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Decisão de 25 de março de 1992. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 219780/PE. Relator Ministro Carlos Velloso. Decisão de 13 de abril de 1999. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 407.688-8. Relator Min. Cezar Peluso. Decisão de 08 de fevereiro de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2174853>>. Acesso em 21 out. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Repercussão Geral reconhecida. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº nº 607.056/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli, out. 2010. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 set. 2013.

ESTADO DE SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação cível n.º 2003.016725-0. Ação de Reintegração de Posse. Servidão de Aqueduto. Apelante: Maria Teófila Schmitt, e Apelados Celso João Guesser e Mônica Blandina Schmitt Guesser. Relator: Des. Victor Ferreira. Florianópolis, jun. 2009. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 30 dez. 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação cível n.º 990.10.094337 - 5. Apelação cível não provida. Apelante: Condomínio CAIC - Prédio 303 (Justiça Gratuita). Apelado: SEMAE - Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto. Relator: Romeu Ricupero. São Paulo, jan. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação Cível recurso provido. Apelação Cível n.º 9171266-29.2005.8.26.0000

(992.05.140865-0). Apelante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Apelado: Tarcísio do Santo Rosário. Relator: Hugo Crepaldi. São Paulo, mar. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação provida parcialmente. Apelação com Revisão n.º 990.10.133509-3. Apelante: Joice Barbosa de Almeida. Apelado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, set. 2010. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 30 mar. 2011.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento n. 70014372403, Relator Araken de Assis. Julgado em maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento n.º 70055531024. Agravo de Instrumento provido. Agravante: Carina Barcarol. Agravado: CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Rio Grande do Sul, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02 out. 2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação cível n. 70014166896, Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em maio de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação cível n.º 70039082813. Apelação cível desprovida. Apelante: Departamento de águas e Esgotos de Bagé. Apelado: Tânia Mara Oliveira Fernandes. Relator: Marco Aurélio Heinz. Rio Grande do Sul, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 05 maio 2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Embargos Infringentes n.º 70033845900. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Rio Grande do Sul, mar. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2012.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Reexame Necessário n.º 70006088355. Reexame Necessário Manutenção de Sentença. Impetrante: Ione Marques Aloy. Impetrado: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Relator: Des. Augusto Otávio Stern. Rio Grande do Sul, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 03 abr. 2013.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

AFRICA DO SUL. Constituição da África do Sul. Disponível em <<http://www.info.gov.za>>. Acesso em 15 fev. 2012.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 04 ago 2014.

BOLÍVIA. Constituição da Bolívia. Disponível em <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>>. Acesso em 03 fev.2012.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Emendas à Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 37 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 31 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 31 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 31 Mai 2013.

BRASIL. *Decreto nº 23.793*, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o Dódigo Floresta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D23793.htm>. Acesso em 27 jul. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 24.643*, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 31 jul. 2008.

BRASIL. *Decreto nº 24.645*, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>>. Acesso em 27 jul. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 591*, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 31 jul. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 31 jul. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 03 set. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 4.895*, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a autorização de uso de espaços físicos de corpos d'água de domínio da União para fins de aquicultura. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4895.htm>. Acesso em 03 out. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 5.440*, de 4 de maio de 2005. Estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5440.htm>. Acesso 27 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 7.535*, de 26 de julho de 2011, que institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Água - "Água para todos". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7535.htm>. Acesso em 04 dez. 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 26 dez. 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.841*, de 8 de agosto de 1945, que institui o Código de Águas Minerais. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7841-8-agosto-1945-416551-norma-pe.html>>. Acesso em 02 ago. 2014

BRASIL. *Decreto-Lei nº 227*, de 28 de fevereiro de 1967, que dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm>. Acesso em 02 ago. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 986*, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm>. Acesso em 18 jun. 2013.

BRASIL. *Lei nº 4.771*, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em 25 jul. 2012.

BRASIL. *Lei nº 5.197*, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm>. Acesso em 25 jul. 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm >. Acesso em 25 jul. 2013.

BRASIL. *Lei nº 7.365*, de 13 de setembro de 1985. Dispõe sobre a fabricação de detergentes não biodegradáveis. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7365.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

BRASIL. *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em 06 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.009*, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm>. Acesso 03 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.031*, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso 05 dez. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Art. 22. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art6iii>. Acesso 27 ago. 2013.

BRASIL. *Lei 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 03 jul 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.617*, de 4 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm >. Acesso em 27 jul. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 06 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995, que Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

BRASIL. *Lei nº 9.074*, de 07 de julho de 1995, Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

BRASIL. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.491*, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 05 dez. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.648*, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9648cons.htm>. Acesso em 05 jan. 2012.

BRASIL. *Lei nº 9.966*, de 28 de abril de 2000. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras

substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.984*, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm >. Acesso em 26 jul. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em 30 jul. 2008.

BRASIL. *Lei nº 11.107*, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2011.

BRASIL. *Ministério da Saúde. Portaria nº 518*, de 25 de março de 2004, que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_518.pdf>. Acesso em 20 dez. 2011.

BRASIL. *Resolução 20 do CONAMA*, de 18 de junho de 1986. Dispõe sobre a classificação das águas doces, salobras e salinas do Território Nacional. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res2086.html>>. Acesso em 03 out. 2012.

BRASIL. *Resolução 357 do CONAMA*, de 17 de março de 2005. Dispõe sobre a classificação dos corpos de Água. Alterada e complementada pela Resolução 430 do CONAMA. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>>. Acesso em 03 out. 2012.

BRASIL. *Resolução 396 do CONAMA*, de 3 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas. Disponível em <

<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=562>>. Acesso em 04 nov. 2013.

BRASIL. *Resolução 430 do CONAMA*, de 13 de maio de 2011. BRASIL. *Resolução 20 do CONAMA*, de 18 de junho de 1986. Dispõe sobre a classificação das águas doces, salobras e salinas do Território Nacional. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res2086.html>>. Acesso em 03 out. 2012. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=646>>. Acesso em 03 out. 2012.

COLOMBIA. Constituição da Colômbia. Disponível em <<http://wsp.presidencia.gov.co>>. Acesso em 06 fev. 2012.

EQUADOR. Constituição do Equador. Disponível em <<http://www.presidencia.gob.ec>>. Acesso em 07 fev. 2012.

FILIPINAS. Constituição de Filipinas. Disponível em <<http://www.president.gov.ph>>. Acesso em 16 fev. 2012.

MÉXICO. Constituição do México. Disponível em <<http://www.diputados.gob.mx>>. Acesso em 15 fev. 2012.

NICARAGUA. Constituição da Nicarágua. Disponível em <www.asamblea.gob.ni>. Acesso em 07 fev. 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 04 out 2013.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 306/2007*. Estabelece o regime da qualidade da água destinada ao consumo humano. Disponível em: <http://www.epal.pt/EPAL/docs/default-source/agua/legisla%C3%A7%C3%A3o-aplic%C3%A1vel/dl306_2007.pdf?sfvrsn=2>. Acesso em 03 out. 2012.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 208/2008*. Estabelece o regime de protecção das águas subterrâneas contra a poluição e deterioração. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2008/10/20900/0756907575.pdf>>. Acesso em 28 set. 2013.

PORTUGAL. *Lei nº 54/2005*. Estabelece a titularidade dos Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2005/11/219A00/65206525.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2008.

PORTUGAL. *Lei nº 58/2005*. Aprova a Lei da Água. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2005/12/249A00/72807310.pdf>>. Acesso em 03 out. 2012.

PORTUGAL - Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional - PEAASAR II - *Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais 2007-2013*. - Lisboa : Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, 2007.

UGANDA. Constituição de Uganda. Disponível em <<http://www.justice.go.ug>>. Acesso em 15 fev. 2012.

URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967. Disponível em <<http://uruguay.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-uruguay/>>. Acesso em 02 fev. 2012.

TRATADOS E OUTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Alvará de 27 de novembro de 1804. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4pa1020.htm>>. Acesso em 03 jan. 2012.

Alvará de 04 de março de 1819. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4pa1022.htm>>. Acesso em 03 jan. 2012.

Aqueduto das Águas Livres de Lisboa. Disponível em <www.historiadeportugal.info/aqueduto-das-aguas-livres-de-lisboa/>. Acesso em 26 dez. 2011.

Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON). Disponível em <http://www.abcon.com.br/perf_03.php>. Acesso em 02 jan. 2014.

Clean Water Act Section 303 (Lei da Água Limpa). Disponível em <<http://www.epa.gov/waterscience/standards/rules/303.htm>>. Acesso em 05 out. 2009.

Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7752.htm>. Acesso em 02 jul. 2013.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 05 set. 2013.

Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Disponível em <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/ISA/convencao_NU_direito_mar-PT.htm>. Acesso em 03 ago. 2014.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 03 set. 2013.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 27 ago. 2013.

Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2014.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948). Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

Diagnósticos de saneamento - Serviço Nacional de Informação em Saneamento. Disponível em <www.snis.gov.br>. Acesso em 04 jan. 2014.

Escritório das Nações Unidas de apoio à Década Internacional de Ação (UNO-IDFA) “Água para a Vida, 2005-2015/Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC)”. Disponível em <<http://www.un.org/waterforlifedecade>>. Acesso em 03 set. 2013.

FOLHA DA REGIÃO. Inadimplência com água ultrapassa R\$ 1 milhão. Disponível em <<http://www.folhadaregiao.com.br/Materia.php?id=112478>> . Acesso em 09 dez. 2012.

IBGE. Atlas de saneamento 2011. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em 04 jan. 2014.

Informações básicas sobre o Mercúrio na água potável – site EPA. Disponível em <<http://www.epa.gov/safewater/contaminants/basicinformation/mercury.html#five>>. Acesso 03 out. 2009.

Los Angeles vai semear nuvens *in* ACONTECE: últimos acontecimentos. Disponível em <<http://www.igeduca.com.br/artigos/acontece/los-angeles-vai-semear-nuvens.html>>. Acesso em 12 out. 2009.

Observação Geral nº 3, de 1990. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013.

Observação Geral nº 12, de 1999. ONU - Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d02758c707031d58025677f003b73b9?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013.

Observação Geral nº 14, de 2000. ONU - Comitê DESC. Disponível em<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)>. Acesso em 12 set. 2013

Observação Geral nº 15 do Comitê DESC. Disponível em <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em 10 out. 2009.

O direito à água sob o Direito à Vida: Índia. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/timeline/legal-redress/the-right-to-water-under-the-right-to-life-india-2/>>. Acesso em 13 de novembro de 2012.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 31 jul. 2012.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 31 jul. 2012.

Programa Água Doce vai beneficiar 26 mil no Piauí. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2013/11/programa-agua-doce-vai-beneficiar-26-mil-no-piaui>>. Acesso em 22 dez; 2013.

Programa Cisternas já beneficiou mais de um milhão de pessoas na Região Sertão do Brasil. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/desafios>>. Acesso em 09 jul 2012.

Projeto Salinidade, desenvolvido no Estado do Ceará. Disponível em <<http://www.ceara.gov.br/?secretaria=FUNCME&endereco=http://www4.funceme.br/funceme/projetos-1/projetos-concluidos/projeto-salinidade/projeto-salinidade>>. Acesso em 09 out. 2009.

Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em <http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf>. Acesso em 02 ago. 2013.

Resolução nº 357 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, de 17 de março de 2005, Dispõe sobre a classificação dos corpos de Água. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res357.html>>. Acesso em 22 set. 2009.

The rights to water and sanitation in national law. Disponível em <<http://www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/>>. Acesso em 15 fev. 2012.

Trinta mil armas apontadas ao céu para ter bom tempo. Notícia PUBLICADA EM 08.08.2008, por Clara Barata. Jornal Público. Disponível em <<http://olimpicos2008.publico.clx.pt/noticia.aspx?id=1338172>>. Acesso em 18 out. 2009.

WORLD WILD FUND (WWF) - *Relatório Planeta Vivo 2008*. Disponível em <<http://www.wwf.pt/noticias/?149021/WWF-Relatorio-Planeta-Vivo-2008-sugere-mudanca-no-uso-dos-recursos-ou-crash-ecologico>>. Acesso em 15 out. 2009.